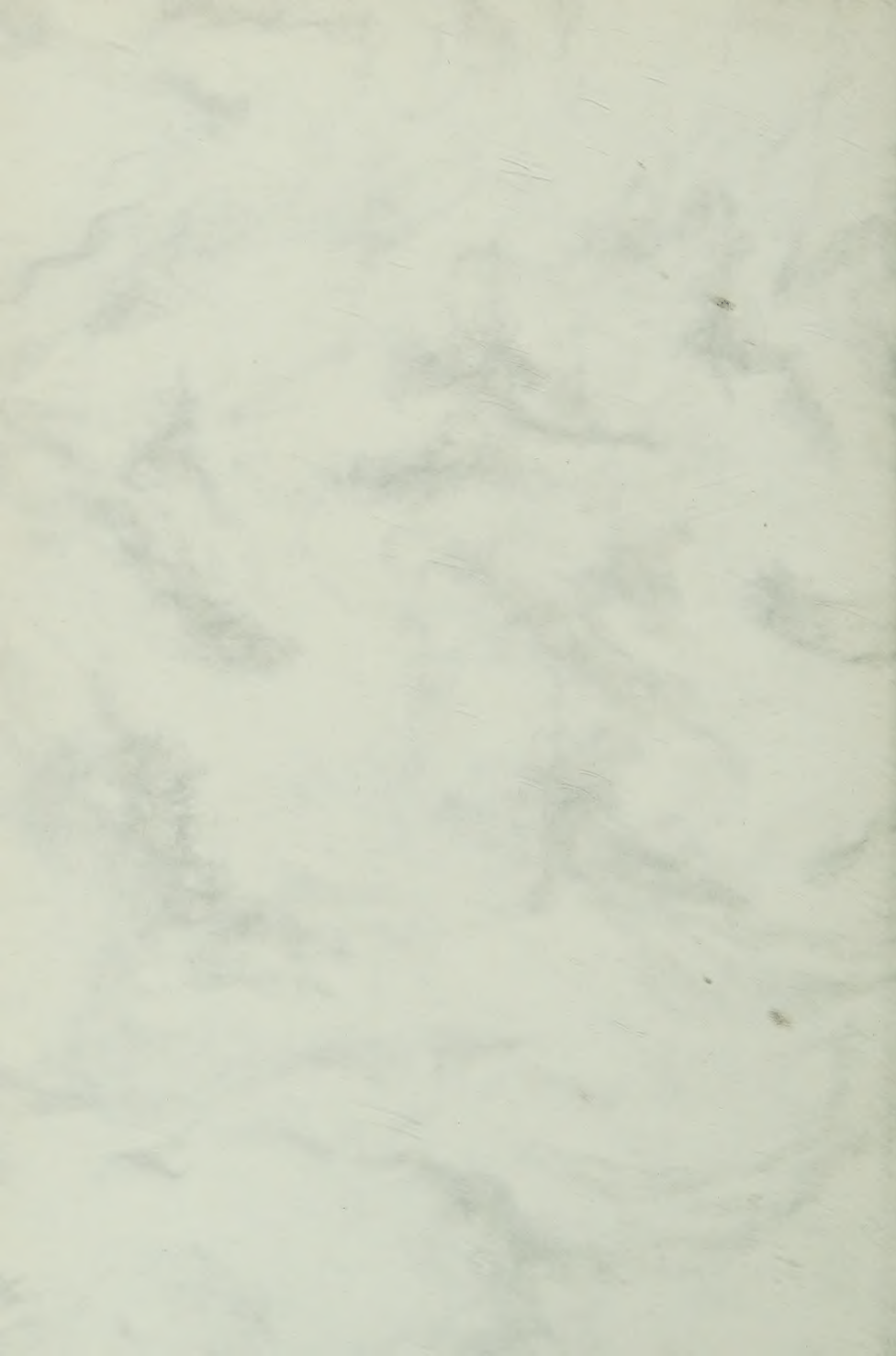
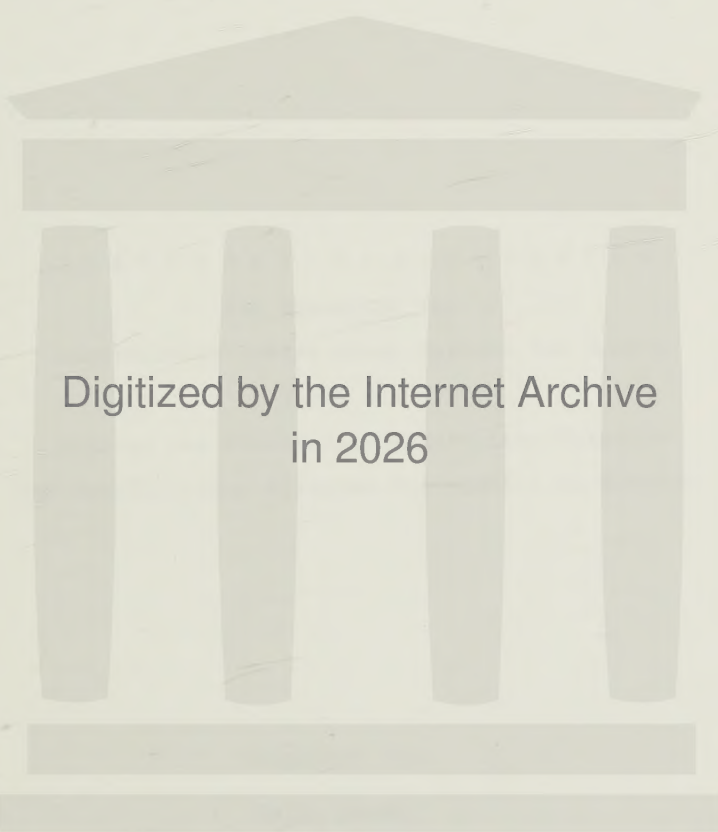


Erika Stork

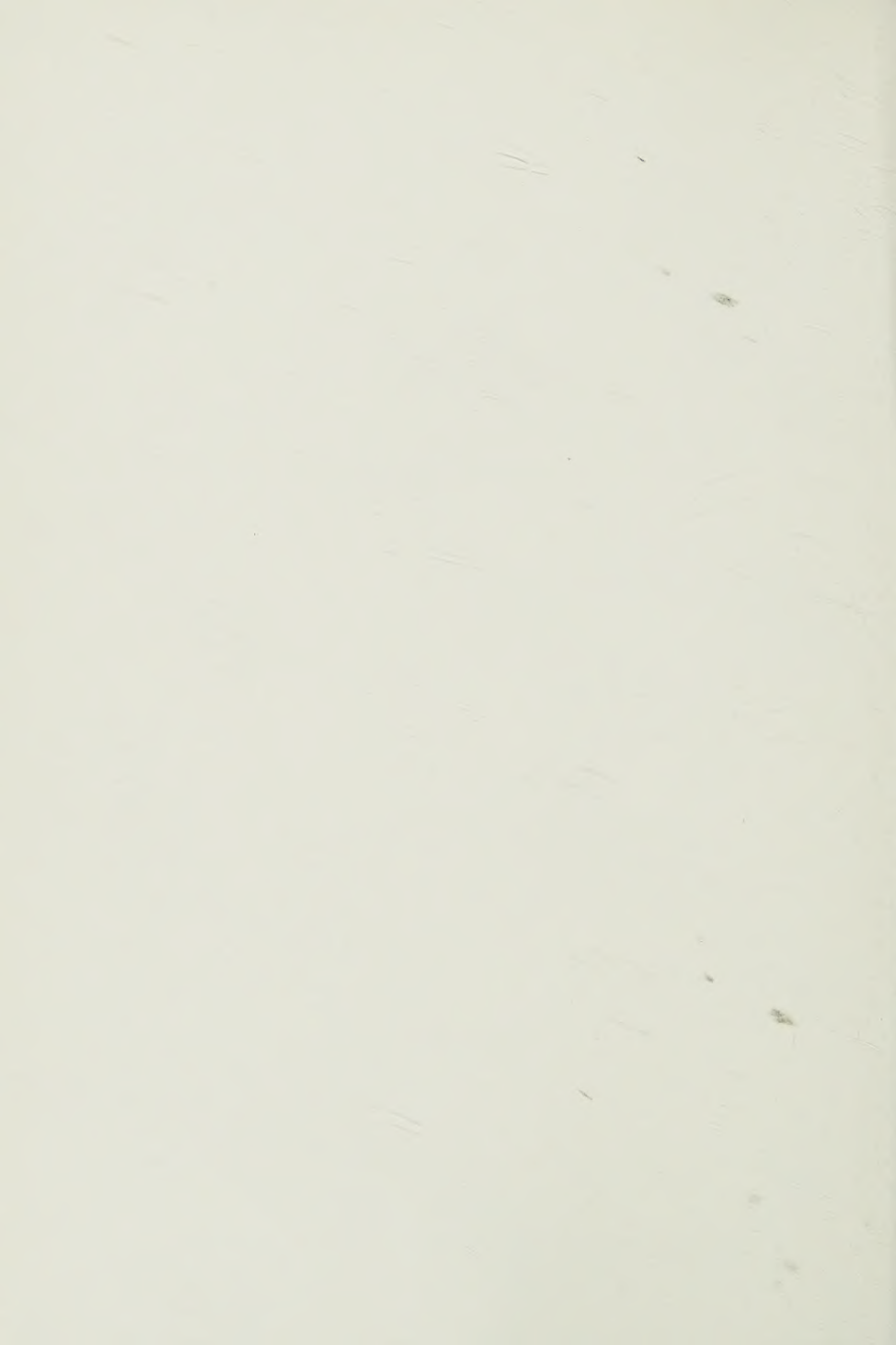
Anstiftung eines Tatentschlossenen
zu einer vom ursprünglichen Tatplan
abweichenden Tat

1969





Digitized by the Internet Archive
in 2026



ANSTIFTUNG EINES TATENTSCHLOSSENEN
ZU EINER VOM URSPRÜNGLICHEN TATPLAN ABWEICHENDEN TAT

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

ERIKA STORK

aus Lippstadt

1969



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Stree
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Lenckner
Dekan: Prof. Dr. Seidenfus

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Februar 1969

INHALTSÜBERSICHT.

	Seite
EINLEITUNG	1
 <u>ERSTER TEIL</u>	
Allgemeine Bewertungsfaktoren zur Unterscheidung von strafrechtlich relevanten und strafrechtlich unerheblichen Verhaltensabweichungen	5
A. Bedeutung und Auslegung der in § 48 StGB aufgeführten gesetzlichen Merkmale	8
1. Der im Haupttäter zu weckende T a t e n t s c h l u ß	8
2. Das H e r v o r r u f e n des Tatentschlusses	14
B. Einzelne Abgrenzungsmerkmale zur Unterscheidung von erheblichen und unerheblichen Verhaltensabweichungen	19
1. Abgrenzung nach subjektiven oder objektiven Kriterien	20
2. Die Identität von ursprünglich ge- planter und nach Einflußnahme des Dritten ausgeführter Tat	28
a) Charakterisierung der Tatidentität	28
b) Die Identität von Taten in anderen Bereichen des materiellen Straf- rechts	

ZWEITER TEIL

Ursprünglich geplante und ausgeführte Tat erfüllen denselben Straftatbestand	36
A. Allgemeine Bewertungsfaktoren	36
1. Unrechtsgrad und Unrechtsrichtung	39
2. Der Strafgrund der Anstiftung	41
3. Der jeweilige Straftatbestand	44
4. Die natürliche Betrachtungsweise	49
B. Abgrenzung und Präzisierung der entscheidenden Abgrenzungskriterien an Hand einzelner Fallgruppen	52
1. Veränderung des Zeitpunktes und des Ortes der Handlung	53
2. Auswechslung des Opfers der Tat	63
a) Höchstpersönliche und materielle Interessen	63
b) Einzelfragen	66
aa) Die Sittlichkeitsdelikte	68
bb) Die aktive Bestechung, § 333 StGB	80
cc) Mischtatbestände mit höchstpersönlichem und materiellem Schutzbereich	87
3. Auswechslung des Verbrechensgegenstandes	95
4. Ausweitung und Wiederholung der bereits geplanten deliktischen Handlung	98
5. Änderung in der Art und Weise der Tatausführung oder der Tatbeteiligung	102
a) Positives Tun und Unterlassen	102
b) Täterschaft und Teilnahme	107
c) Sonstige Änderungen der Begehungsweise	115

	Seite
6. Veränderung der Tatmotive und Tatziele	118
7. Veränderung mehrerer Tatelemente	120

DRITTER TEIL

Gep plante und begangene Tat stehen im Verhältnis Grunddelikt - Qualifikation	124
A. "Differenzierte" Haftung des Einflußnehmenden	127
1. Gesonderte Erfassung des vom Dritten hervorgerufenen "Mehr" für sämtliche Fälle einer Übersteigerung des Tatentschlusses um qualifizierende Merkmale	127
2. "Differenzierte" Haftung für die Fälle, in denen sich das vom Dritten hervorgerufene "Plus" unter einen eigenen Straftatbestand subsumieren läßt	129
B. Die Ansicht des BGH	136
C. Die Auffassung Cramers und Grünwalds	139
D. Die eigene Ansicht	151
1. Die Abgrenzung nach den abstrakten Deliktsvorschriften im Verhältnis zur Bewertung der konkreten Handlungen	151
a) Unbenannte Strafbestimmungsgründe	154
b) Benannte Strafbestimmungsgründe	158
2. Die Stärke der Unrechtsintensivierung einer Qualifikation gegenüber dem Grunddelikt	166

<u>VIERTER TEIL</u>	Seite
Geplante und begangene Tat erfüllen verschiedene, aber verwandte Tatbestände	176
1. Parallelen zwischen Anstifterproblematik und Exzeßproblematik	177
2. Die Formel von der "rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit" als Abgrenzungskriterium	180
3. Der Unrechtsgehalt als Abgrenzungs- merkmal	190
4. Einzelfälle	192

VERZEICHNIS DES SCHRIFTTUMS

- B A U M A N N , Jürgen (Baumann AT)
Strafrecht Allgemeiner Teil,
Lehrbuch, 4. Auflage 1966
3. Auflage 1964
(Die 3. Auflage wird als solche aus-
drücklich zitiert.)
- B A U M A N N , Jürgen
Strafrechtsfälle und Lösungen,
Allgemeiner Teil 1963
- B A U M A N N , Jürgen
Täterschaft und Teilnahme,
JuS 1963 S.51,85,125.
- B O C K E L M A N N , Paul
Über das Verhältnis von Täterschaft
und Teilnahme, 1945.
- B Ö R N E R ,
Zur Abhängigkeit der Teilnahme von
der Haupttat, JR 1953, S.166.
- B Ü R G E R - P R I N Z , Hans
Betrachtungen über einen Homosexuali-
tätsprozeß,
MonKrimBiol 1938 S.333.
Gedanken zum Problem der Homosexualität,
MonKrimBiol 1939 S.430.
- v. B u r i
Begünstigung und Hehlerei,
GS Bd.29, S.14
- C R A M E R , Peter
Anmerkung zum Urteil des BGH vom
3.6.1964, JZ 1965, S.31.
- D A H M
Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart
vom 6.3.1959, MDR 1959, S.508.
- D E U B N E R , Karl Günther
Zum Verhältnis von Abzahlungsbetrug
und Unterschlagung,
NJW 1962, S.94.
- D R E H E R , Eduard
Die erschwerenden Umstände im Straf-
recht,
ZStW, Bd.77 S.220.

- D R E H E R , Eduard
Über die gerechte Strafe, 1947.
- D R O S T , Heinrich
Anmerkung zum Urteil des RG vom
20. April 1931, JW 1932, S.57.
- E N N E C C E R U S , Ludwig - N i p p e r d e y ,
Hans Karl
(Enneccerus-Nipperdey AT), Allgemeiner
Teil des Bürgerlichen Rechts.
Ein Lehrbuch, Erster Halbband.
15. Auflage, 1959.
- E N G I S C H , Karl
Das Problem der psychischen Kausalität
beim Betrug,
Festschrift für Hellmuth von Weber, S.247.
- E N G I S C H , Karl
Zur "Natur der Sache" im Strafrecht,
Festschrift für Eberhard Schmidt, S.90.
- E N G I S C H , Karl
Vom Weltbild des Juristen, 1950.
- F R A N K , Reinhard
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich. Kommentar, 18. Auflage, 1931.
- F R A N K , Reinhard
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich.
Nachtrag zur 18. Auflage.
Herausgegeben und erklärt von Ernst
Schäfer und Hans von Dohnanyi, 1936.
- F R A N Z H E I M , Horst
Die Teilnahme an unvorsätzlicher
Haupttat, 1951.
- G A L L A S , Wilhelm
Die moderne Entwicklung der Begriffe
Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht,
Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen
Strafrechtskongress in Athen, S.3ff.
- G A L L A S , Wilhelm
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom
Verbrechen.
ZStW Bd. 67 S.1.
- G E E R D S , Friedrich
Zur Lehre von der Konkurrenz, 1961.
- G R Ü N W A L D , Gerald
Der praktische Fall - Strafrecht:
Der folgenschwere Rat.
JuS 1965, S.311.

- G R Ü N W A L D , Gerhard
Die Beteiligung durch Unterlassen,
GA 1959, S.110.
- H A F T E R , Ernst (Hafter II)
Schweizerisches Strafrecht.
Besonderer Teil, zweite Hälfte, 1943.
- H A R D W I G , Werner
Studien zum Vollrauschtatbestand,
Festschrift für Eberhard Schmidt, S.459.
- H E I N I T Z , Ernst
Streitfragen der Versuchslehre,
JR 1956, S.248.
- v. H I P P E L , Robert (v.HIPPEL II)
Deutsches Strafrecht,
Lehrbuch, Bd.II. Das Verbrechen, 1930.
- J Ä G E R , Herbert
Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz
bei Sittlichkeitsdelikten, 1957.
- J E S C H E C K , Hans-Heinrich
Die Konkurrenz
ZStW Bd.67, S.529.
- K A U F M A N N , Armin
Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte.
1959.
- K E R N , Eduard
Grade der Rechtswidrigkeit,
ZStW Bd.64, S.255.
- K O H L R A U S C H - L A N G E
Strafgesetzbuch.
Kommentar, 43. Auflage, 1961.
- K R I E S T E N , Gotthard
Der Fortsetzungszusammenhang.
Dissertation Hamburg 1963.
- L A M P E , Ernst-Joachim
Über den Begriff und die Formen
der Teilnahme am Verbrechen
ZStW Bd.77, S.262.
- L A N G E , Richard
Die notwendige Teilnahme.
1940.
- L A N G E , Richard
Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Tat.
JZ 1959, S.560.

- LANG - H I N R I C H S E N , Dietrich
Die kriminalpolitischen Aufgaben der
Strafrechtsreform,
Gutachten für den 43. Deutschen Juristen-
tag.
Band I, 3. Teil B.
- LEIPZIGER KOMMENTAR (LK)
Strafgesetzbuch.
Kommentar, 8. Auflage 1957/58.
Herausgegeben von Jagusch und Mezger.
- LENCKNER , Theodor
Der rechtfertigende Notstand.
1965.
- LESS , Günter
Der Unrechtscharakter der Anstiftung
ZStW Bd. 69, S. 43.
- MAIHOFER , Werner
Der Handlungsbegriff im Verbrechens-
system.
1953.
- MAIWALD , Manfred
Die natürliche Handlungseinheit.
1964.
- MAYER , Hellmuth (H. Mayer, Lehrbuch)
Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Lehrbuch, 1953.
- MAYER , Hellmuth
Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft.
Festschrift für Theodor Rittler.
1957, S. 243.
- MAYER , Max Ernst (M.E. Mayer)
Das Strafgesetzbuch für das Deutsche
Reich.
Lehrbuch, 2. Auflage, 1923.
- MAURACH , Reinhart (Maurach AT)
Deutsches Strafrecht
Allgemeiner Teil, Lehrbuch,
3. Auflage 1965
2. Auflage 1958
(Die 2. Auflage wird als solche aus-
drücklich zitiert.)
(Maurach BT), Deutsches Strafrecht.
Besonderer Teil, Lehrbuch,
4. Auflage 1964.

- M A U R A C H , Reinhart
Die Systematik des besonderen Teils
eines neuen Strafgesetzbuchs.
Materialien zur Strafrechtsreform (1954).
Band I: Gutachten der Strafrechtslehrer,
S.221.
- M E Z G E R , Edmund (Mezger, Lehrbuch),
Strafrecht.
Allgemeiner Teil, Lehrbuch,
3. Auflage 1949.
- M E Z G E R , Edmund
Zur Entwicklung der sog. Ersatzhehlerei.
ZStW Bd.59,S.549.
- M E Z G E R , Edmund - B L E I , Hermann
(Mezger-Blei I), Strafrecht.
Allgemeiner Teil, Studienbuch.
12. Auflage 1967.
(Mezger-Blei II), Strafrecht.
Besonderer Teil, Studienbuch.
9. Auflage 1966.
- N O W A K O W S K I , Friedrich
Fortgesetztes Verbrechen und gleich-
artige Verbrechensmenge.
1950.
- N Ü S E , Karl-Heinz
Die Zulässigkeit von wahldeutigen
Feststellungen.
GA 1953,S.33.
- v. O E T K E R , Friedrich
Das fortgesetzte Delikt
ZAkfDR 1937,S.225.
- P E T E R S , Karl
Strafprozeß, Lehrbuch,
2. Auflage 1966.
- R O X I N , Claus
Täterschaft und Tatherrschaft.
1963.
- R O X I N , Claus
Zur Dogmatik der Teilnahmelehre
JZ 1966,S.293.
- R U T K O W S K Y , Heinz
Die psychisch vermittelte Kausalität
NJW 1952,S.606.

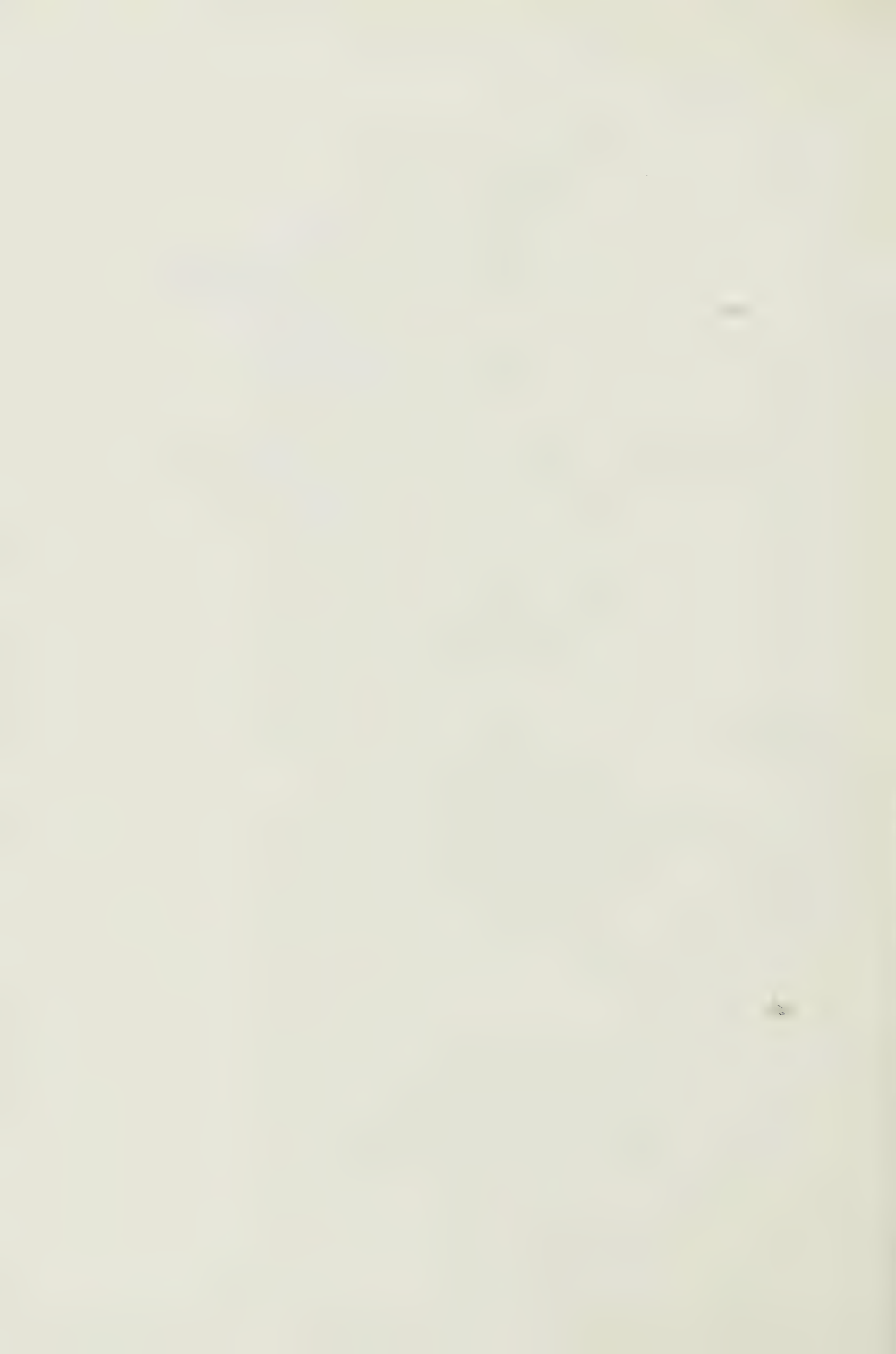
- S A R S T E D T , Werner
In welcher Weise empfiehlt es sich,
die Grenzen des strafrichterlichen
Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch
zu regeln (Ermessensfreiheit oder
gesetzliche Bindung des Richters bei
der Verhängung der Strafe und sonstiger
Unrechtsfolgen?
Verhandlungen des 41. DJT Bd.II, Teil D,
S.29.
- S A X , Walter
Zur Wahlfeststellung bei Wahldeutigkeit
mehrerer Taten.
JZ 1965, S.745.
- S C H A F F S T E I N , Friedrich
Die neuen Voraussetzungen der Wahl-
feststellung im Strafverfahren.
NJW 1952, S.725.
- S C H M I D T , Eberhard
Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil II: Erläuterungen zur Strafprozeß-
ordnung und zum Einführungsgesetz zur
Strafprozeßordnung, 1957.
- S C H N E I D E R , Egon
Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 28.2.1956, NJW 1956, S.1364.
- S C H Ö N K E , Adolf - S C H R Ö D E R , Horst
(Schönke-Schröder), Strafgesetzbuch.
Kommentar, 13. Auflage 1967.
12. Auflage 1965.
(Die 12. Auflage wird als solche aus-
drücklich zitiert.)
- S C H R Ö D E R , Horst
Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 29.11.1963, JR 1964, S.227.
- S C H R Ö D E R , Horst
Gesetzliche und richterliche Straf-
zumessung,
Festschrift für Edmund Mezger (1954),
S.415.
- S C H R Ö D E R , Horst
In welcher Weise empfiehlt es sich, die
Grenzen des strafrichterlichen Ermessens
im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln
(Ermessensfreiheit oder gesetzliche
Bindung des Richters bei der Verhängung
der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen?)
Verhandlungen des 41. Deutschen Juristen-
tages, Bd.I, 2. Halbband, S.61.

- S C H R Ö D E R , Horst
Über die Abgrenzung des Diebstahls
von Betrug und Erpressung.
ZStW Bd.60, S.33.
- S C H W A R Z , Otto - D R E H E R , Eduard
(Schwarz-Dreher), Strafgesetzbuch.
Kurz-Kommentar, 29. Auflage 1967.
- S I E V E R , Ernst
Das Verhältnis der wahldeutigen Fest-
stellung zu dem Grundsatz "in dubio pro
reo".
Dissertation Münster 1950.
- S T R E E , Walter
Deliktsfolgen und Grundgesetz.
1960.
- T R Ö N D L E , Herbert
Zur Frage der Teilnahme an unvorsätz-
licher Haupttat.
GA 1956, S.129.
- W E L Z E L , Hans
(Welzel, Lehrbuch)
Das Deutsche Strafrecht, Lehrbuch,
10. Auflage 1969.
- W E L Z E L , Hans
Teilnahme an unvorsätzlichen
Handlungen?
JZ 1954, S.429.
- W O L F F , Hans Julius (Wolff II)
Organisations- und Dienstrecht,
Studienbuch
2. Auflage 1967.
- W Ü R T E N B E R G E R , Thomas
Betrug durch Schweigen im
Kunsthandel.
NJW 1951, S.176.
- Z E I L E R , A.
Verurteilung auf Grund wahldeutiger
Tatsachengrundlage
ZStW Bd.64, S.156.

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

a.A.	- andere Ansicht
a.a.O.	- am angeführten Ort
a.F.	- alte Fassung
AT	- Allgemeiner Teil
BayObLGSt	- Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Straf- sachen
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	- Bundesgerichtshof
BGHSt	- Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen
BGHZ	- Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
BT	- Besonderer Teil
DJ	- Deutsche Justiz
DJT	- Deutscher Juristentag
DStR	- Deutsches Strafrecht
E 1927.	- Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (Reichstagsvorlage) 1927
E 1962	- Entwurf eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, Bonn 1962
Fn.	- Fußnote
GA	- Goldtammers Archiv für Strafrecht
GrS	- Großer Senat
GS	- Der Gerichtssaal
HESt	- Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen
HRR	- Höchstrichterliche Rechtsprechung
JMB1 NRW	- Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

JR	- Juristische Rundschau
JuS	- Juristische Schulung
JW	- Juristische Wochenschrift
JZ	- Juristenzeitung
LM	- Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
Mat.	- Materialien zur Strafrechtsreform
MDR	- Monatsschrift für deutsches Recht
MonKrimBiol	- Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
Nds Rpfl	- Niedersächsische Rechtspflege
Niederschriften	- Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission
OGHSt	- Entscheidungen des Obersten Gerichts- hofs für die Britische Zone in Strafsachen
NJW	- Neue Juristische Wochenschrift
RG	- Reichsgericht
RGSt	- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rspr.	- Rechtsprechung
SchlHA	- Schleswig-Holsteinische Anzeigen
StGB	- Strafgesetzbuch
StPO	- Strafprozeßordnung
VRS	- Verkehrsrechtssammlung
WStG	- Wehrstrafgesetz
ZAkfDR	- Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZStW	- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



E i n l e i t u n g

Das geltende deutsche Strafrecht unterscheidet von der Täterschaft, die freilich, abgesehen von dem Fall der Mit-täterschaft (§ 47 StGB), im Gesetz nicht definiert wird, zwei Formen der Teilnahme: Die A n s t i f t u n g (§ 48 StGB) und die B e i h i l f e (§ 49 StGB). Mit den sich unmittelbar aus dem Gesetzestext ergebenden Merkmalen ist indessen die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme einerseits sowie zwischen Anstiftung und Beihilfe andererseits keineswegs schon eindeutig bestimmt. "Seit jeher gehört es vielmehr zu den strittigsten Fragen von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis, wodurch sich eigentlich Selbstbegehung und Beteiligung an fremder Tat unterscheiden und inwieweit sie überhaupt unterscheidbar sind." Diese Äußerung von Gallas¹⁾ macht bereits deutlich, wo man bei der Bestimmung der verschiedenen Beteiligungsarten die eigentlichen Schwierigkeiten erblickt hat, nämlich bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme. Die Frage, ob eine Tatbeteiligung als Täterschaft oder als Teilnahme zu werten ist, hat dementsprechend immer wieder Rechtsprechung und Rechtslehre beschäftigt. Ihr gegenüber trat die Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe völlig in den Hintergrund. Insoweit auftauchende Zweifelsfragen wurden allgemein nur am Rande gestreift.

Die Vernachlässigung der Probleme, die mit der Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe verbunden sind, überrascht insofern, als die Unterscheidung keineswegs von rein theoretischen

1) Gallas, Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen, S.3.

scher Bedeutung ist, sondern auch praktisch überaus bedeutsam werden kann. Die Unterscheidung, ob ein Tatbeteiligter als Anstifter oder Gehilfe anzusehen ist, kann weittragende Folgen für die strafrechtliche Haftung nach sich ziehen. Für die Beihilfe besteht die Möglichkeit einer Strafmilderung nach den über die Bestrafung des Versuchs aufgestellten Grundsätzen (§§ 49 Abs. 2, 44 StGB). Auf den Anstifter sind dagegen dieselben Strafdrohungen anzuwenden, die für den Täter gelten, ohne daß eine Herabsetzung der Strafe entsprechend § 44 StGB in Betracht käme. Die Anstiftung zu sämtlichen mit Strafe bedrohten Handlungen, also auch zu Übertretungen, ist unter Strafe gestellt, strafbare Beihilfe kann dagegen nur zu Verbrechen und Vergehen geleistet werden. Schließlich wird die versuchte Anstiftung zu Verbrechen in § 49a StGB erfaßt, während die versuchte Beihilfe im allgemeinen keiner Strafdrohung unterliegt.

Erst mit dem Urteil des BGH vom 3.6.1964¹⁾ hat ein Problem, das die Unterscheidung von Anstiftung und Beihilfe betrifft und das zuvor lediglich vereinzelte Stellungnahmen hervorgerufen hatte²⁾, die Aufmerksamkeit auf sich gelenkt. Der BGH hatte zu beurteilen, ob Anstiftung gegeben ist, wenn ein Dritter dem bereits zum einfachen Raub Entschlossenen rät, bei der Tat eine Waffe zu benutzen und somit statt des einfachen Raubes einen schweren Raub mit Waffen zu begehen. Die vom BGH behandelte Frage betrifft einen Teilbereich eines Problems von grundsätzlicher und praktischer Bedeutung, nämlich des Problems, ob und in welchem Umfang ein zur Tat bereits Entschlossener dadurch angestiftet werden kann, daß er zu einer Änderung seines Verbrechensplanes überredet wird.

1) BGHSt 19/339 = JZ 1965 S.30.

2) So bei Maurach AT (2.Aufl.) S.539; ebenso bei Baumann AT (2.Aufl.) S.461 sowie in JuS 1963 S.126,130.

Die Frage selbst scheint bereits ein Widerspruch zu der allgemein anerkannten Regel zu sein, daß ein sog. alias oder omni modo facturus, d.h. jemand, der auf jeden Fall handeln will, nicht mehr angestiftet werden kann.¹⁾ Wird auf den bereits entschlossenen Täter eingewirkt, kommt bekanntlich regelmäßig nur Beihilfe in Betracht, ausnahmsweise versuchte Anstiftung gemäß § 49a StGB, falls es sich bei der angesonnenen Tat um ein Verbrechen handelt. Indes kann diese Regel allein dann Platz greifen, wenn der Täter zu einer bestimmten Straftat fest entschlossen ist²⁾ und der Dritte in Unkenntnis von dem Tatentschluß zu d i e s e r Tat auffordert oder lediglich Änderungsvorschläge zu eben d i e s e r Tat macht. In solchen Fällen kann der Bestimmende - abgesehen vom Anstiftungsversuch i.S. des § 49a StGB - allenfalls als Gehilfe wegen psychischer oder intellektueller Beihilfe zur ausgeführten Tat belangt werden. Davon zu unterscheiden sind jedoch die Fälle, in denen im Täter der Entschluß zu einer a n d e r e n Tat hervorgerufen wird, die der ursprünglich geplanten nicht mehr entspricht. Wer eine derartige Änderung des Tatentschlusses bewirkt, bestimmt durchaus den Täter zu dessen Tat und stiftet ihn damit an. Die entscheidende Frage ist dementsprechend, wann im einzelnen ursprünglich geplante und nach Einflußnahme des Dritten ausgeführte Straftat identisch sind oder so erheblich voneinander abweichen, daß sie nicht mehr als dieselbe angesehen werden können.

Das Anliegen der vorliegenden Arbeit ist, einen Beitrag zur Klärung dieser Frage zu leisten. Die Problematik ist vielschichtiger, als sie auf den ersten Blick erscheinen

1) Für alle: Mezger LK § 48 Anm.2b; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4; Schwarz-Dreher § 48 Anm.1A; RGSt 59/26(27); 72/373(375).

2) Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen von einem sog. omni modo facturus gesprochen werden kann: Maurach AT S.583; Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.321; Mezger LK § 48 Anm.2b; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4; Welzel, Lehrbuch, S.111.

mag. Der BGH hatte sich nur zu der Frage zu äußern, ob Anstiftung zu bejahen ist, wenn der Täter zu einem Verhalten veranlaßt wird, das sich gegenüber dem bisher geplanten als Qualifikation darstellt. Ebenso fragt sich aber auch, ob es sich um Anstiftung handelt, wenn geplante und tatsächlich begangene Tat unter denselben Straftatbestand fallen oder zwischen zunächst in Aussicht genommenem und später nach Einflußnahme des Dritten verwirklichtem Delikt eine nahe tatbestandliche Verwandtschaft besteht. Die weitere Frage, wie das Verhalten des Dritten zu werten ist, der auf eine Verringerung der geplanten Tat hingewirkt hat, soll indes - da völlig anders geartete Probleme als in den übrigen Fallgruppen, insbesondere solche der Rechtswidrigkeit auftauchen - unberücksichtigt bleiben.

Um die einzelnen Fallgruppen sachgerecht beurteilen zu können, gilt es zuvor, allgemeine Kriterien, die für die Abgrenzung zwischen strafrechtlich relevanten und strafrechtlich unerheblichen Verhaltensabweichungen von Bedeutung sind, herauszustellen. Mit dieser Frage befaßt sich der erste Teil der vorliegenden Arbeit. Die weiteren Teile sind sodann den angeschnittenen Fallgruppen gewidmet, wobei im zweiten Teil auf Taten eingegangen wird, die unter denselben Straftatbestand fallen, während ein dritter Teil die Delikte behandelt, die durch einen Wechsel vom Grunddelikt zur Qualifikation gekennzeichnet sind. Schließlich beschäftigt sich der vierte und letzte Teil mit den Fällen, in denen der Täter statt des vorgesehenen Tatbestands einen verwandten Straftatbestand erfüllt.

Erster Teil

Allgemeine Bewertungsfaktoren zur Unterscheidung von strafrechtlich relevanten und strafrechtlich unerheblichen Verhaltensabweichungen

Zur näheren Einführung in die Problematik mag eine Betrachtung des bereits erwähnten BGH-Falles dienen, der die Aufmerksamkeit auf das zu erörternde Gebiet gelenkt hat. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

A rät dem B, der einen bis in alle Einzelheiten vorbereiteten Raub (§ 249 StGB) begehen will, die Tat mit Hilfe eines Knüttels auszuführen. Unter Benutzung dieser Waffe führt B daraufhin sein Vorhaben durch (§ 250 I Nr.1 StGB).

Fragt man nach der Strafbarkeit des A, so läßt sich zunächst nur feststellen, daß Täterschaft offensichtlich ausscheidet¹⁾. In Betracht kommt nur Anstiftung oder Beihilfe. Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 48 StGB) wird als Anstifter bestraft, wer einen anderen zu der von demselben begangenen mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt hat, im Gegensatz zur Beihilfe, die nach § 49 StGB voraussetzt, daß dem Täter durch Rat oder Tat wissentlich Hilfe geleistet wird. In diesem Zusammenhang interessiert nur die Beihilfe durch "Rat", die als sog. psychische oder intellektuelle Beihilfe über die Beeinflussung durch Rat hinaus jede geistige Unterstützung erfaßt²⁾, die sich fördernd auf die Tat auswirkt.

-
- 1) Für die Annahme einer Täterschaft bietet das Beispiel nach keiner der für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme vertretenen Auffassungen (etwa Täterwille, Tatherrschaft) Anhaltspunkte.
 - 2) Für alle: Schönke-Schröder § 49 Rdnr.9.

Nach ganz herrschender Meinung unterscheiden sich, soweit eine Einwirkung auf den Tatentschluß in Frage steht, Anstiftung und Beihilfe darin, daß der Anstifter den Entschluß des Täters hervorruft, während der Gehilfe den bereits gefaßten Tatentschluß nur bestärkt¹⁾. Versucht man, den Ausgangsfall an Hand dieser Abgrenzungsmerkmale zu lösen, so fällt zunächst auf, daß hier weder ein Hervorrufen des Tatentschlusses im üblichen Sinn, also die Beeinflussung eines non facturus, noch ein Bestärken des bereits Entschlossenen im geläufigen Sinn vorliegt. A hat B vielmehr zur Erweiterung seines bereits gefaßten Entschlusses veranlaßt. Ob eine solche Beeinflussung,

1) Baumann AT S.554; Maurach AT S.583; Mezger-Blei I S.284,288; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4; BGH MDR 1957 S.395.

Damit ist nicht gesagt, daß Anstiftung und Beihilfe sich grundsätzlich gegenseitig ausschließen. Ein Zusammentreffen ist möglich, z.B. wenn der Anstifter nach Hervorrufen des Tatentschlusses den Täter im Entschluß weiter bestärkt (psychische Beihilfe) oder dem zu einem Einbruchsdiebstahl Bestimmten das nötige Tatwerkzeug verschafft (physische Beihilfe).

Andererseits muß nicht jede fehlgeschlagene Anstiftung psychische Beihilfe sein. Wenn z.B. der bereits zur Beleidigung gegenüber X konkret entschlossene B die gleichlautende Aufforderung des A, den X zu beleidigen, sofort zurückweist, so wird man nur in Ausnahmefällen davon ausgehen können, daß A den Entschluß des B bestärkt hat.

die zur E r w e i t e r u n g oder V e r ä n d e r u n g des Tatentschlusses führt und die mitten zwischen Hervorrufen und Bestärken eines Entschlusses liegen dürfte, zur Anstiftung oder zur Beihilfe zu rechnen ist, ist die in diesem Zusammenhang zu klärende Frage. Auf den ersten Blick ist bereits zu erkennen, daß die Frage nicht einheitlich zu beantworten sein wird. Ohne auf Einzelfragen einzugehen, läßt sich jetzt bereits sagen, daß der Art und dem Gewicht der Erweiterung entscheidende Bedeutung zukommt.

A. Bedeutung und Auslegung der in § 48 StGB aufgeführten gesetzlichen Merkmale

Ein erster Schritt auf dem Wege zur Festlegung eines brauchbaren Maßstabes, nach dem sich das Gewicht einer Abänderung vom bereits gefaßten Entschluß beurteilen läßt, besteht darin, sich klarzumachen, was nach § 48 StGB unter Bestimmen zu einer mit Strafe bedrohten Handlung zu verstehen ist.

1. Der im Haupttäter zu weckende T a t e n t s c h l u ß

Nach weitaus herrschender Meinung ist unter Bestimmen i.S. des § 48 StGB das H e r v o r r u f e n des T a t e n t s c h l u s s e s zu verstehen. Streit herrscht indes darüber, wie der Begriff "Tatentschluß" aufzufassen ist. Er kann als die in Kenntnis aller Tatumstände getroffene Entscheidung zur Tatausführung und damit als Vorsatz im technischen Sinn zu deuten sein¹⁾. Ebenso gut kann er aber auch als der bloße Wille zur Vornahme der äußeren Tathandlung zu verstehen sein, ohne daß mit diesem Willen das

1) BGHSt 9/370(379); Baumann AT S.551; Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme, S.15ff., 46; Borker JR 1953 S.166ff.; Gallas Mat.I, S.121; Maurach AT, S.614; Mezger-Blei I S.272ff., 282; Tröndle GA 1956 S.129; Welzel JZ 1954 S.429. Streitig innerhalb dieser Gruppe ist die Behandlung solcher Fälle, in denen der Haupttäter zwar ohne Vorsatz handelt, der Hintermann aber irrtümlich annimmt, der Täter handele vorsätzlich. Siehe dazu die Übersicht über den Meinungsstand bei Maurach AT S.572f.; vgl. auch § 32 E 1962.

Wissen von sämtlichen Tatumständen verknüpft zu sein
braucht ¹⁾.

Dieser Streit hat dem Anschein nach wenig mit den hier zu klärenden Fragen zu tun. Er berührt vielmehr in erster Linie Fragen, die im Grenzbereich zwischen Täterschaft und Anstiftung bzw. straflosem Verhalten auftauchen. Für die Unterscheidung zwischen Anstiftung und Beihilfe wird nämlich weit eher von der Formel ausgegangen, § 48 StGB verlange das Hervorrufen des Tatentschlusses im Sinne des Tatvorsatzes²⁾. Es liegt jedoch nahe, daß die abweichenden Auffassungen, selbst wenn sie vornehmlich Grenzfragen zwischen Anstiftung und Täterschaft betreffen, Ausstrahlungen auf die Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe haben, da andernfalls eine einheitliche Interpretation der Anstiftung nicht gewährleistet ist. Daher ist - soweit der Rahmen der Arbeit dies gestattet - zu untersuchen,

1) Dahm MDR 1959 S.508; Engisch, Eberhard Schmidt-Festschrift, S.90ff. (107ff.); Franzheim, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat S.3; Lampe ZStW Bd.77 S.262(319); Lange JZ 1959 S.560; Lang-Hinrichsen, Verhandlungen des 43.Dt.Juristentages Bd.I 3 B, S.21ff.; Schönke-Schröder Rdnr. 87ff. und 115 vor § 47; § 48 Rdnr.1,3 und 16f.

Der E 1962 läßt in § 30 Anstiftung nur zur vorsätzlichen Tat zu. Vgl. S.148,151 der amtlichen Begründung. Kritisch dazu Roxin JZ 1966 S.293(299). Demgegenüber läßt § 28 AE diese Frage bewußt offen. Vgl. dazu die Begründung S.63.

2) So insbesondere Lampe ZStW Bd.77 S.262(272,279), obwohl er andererseits eine Ausdehnung des § 48 StGB auf die Funktion eines fehlenden Tatbestandes der Urheberchaft befürwortet.

inwieweit die abweichenden Auffassungen für das Wesen der Anstiftung im Hinblick auf die Unterscheidung von Anstiftung und Beihilfe von Bedeutung sind.

Zunächst läßt sich feststellen, daß eine Wortinterpretation des Ausdrucks "Tatentschluß" noch keine Klarheit bringt. Das Argument, der Ausdruck könne nur auf Vorsatz im technischen Sinne zielen¹⁾, läuft, wie Dahm²⁾ mit Recht bemerkt hat, "auf ein unfruchtbares non liquet hinaus". Das Wort "Tatentschluß" ist offenbar doppeldeutig. Es kann ebenso gut auf den Vorsatz im technischen Sinn wie auf den Willen zur Vornahme der äußeren Tathandlung deuten. Welcher Auffassung beizutreten ist, hängt mithin von weiteren Gesichtspunkten ab, so von der Stellungnahme zur limitierten Akzessorietät, zur finalen Handlungslehre und zum Wesen von Täterschaft und Teilnahme allgemein. Beispielsweise wird man Tatentschluß und Vorsatz gleichsetzen, wenn man mit der finalen Handlungslehre den Vorsatz aus dem Schuld-bereich herausnimmt und in die Handlung einbezieht.³⁾ Unabhängig von der finalen Handlungslehre wird die Gleichung Entschluß = Vorsatz aufstellen, wer das Wesen der Teilnahme in der Unterordnung unter fremden Willensentschluß erblickt, da man sich der Entschließung eines nicht vorsätzlich Handelnden nicht unterwerfen kann⁴⁾.

Aus den Andeutungen dürfte bereits hervorgehen, daß verschiedene äußerst streitige Gebiete hier derart ineinandergreifen, daß eine gesicherte Erkenntnis unerreichbar bleiben wird, solange nicht diese Fragen bis in alle Konsequenzen durchdacht und geklärt sind. Eine umfassende Klärung

1) So Baumann AT S.541 im Anschluß an BGHSt 9/370(379).

2) MDR 1959 S.509.

3) Maurach AT S.571,614; Welzel, Lehrbuch, S.108f.,111.

4) Bockelmann, Deutsche Beiträge zum VII.Internationalen Strafrechtskongreß in Athen, S.46(60).

erübrigt sich freilich, wenn sie sich für die zu bewältigende Aufgabe als nicht notwendig erweist.

Auf den ersten Blick scheint ein Argument Bockelmanns, mit dem er die Unentbehrlichkeit des Tatvorsatzes für § 48 StGB darzulegen versucht, den Streit um das Wesen des Tatentschlusses in den Mittelpunkt der hier anzustellenden Erörterungen zu rücken. Bockelmann behauptet, bei Verzicht auf den Tatvorsatz sei die Möglichkeit, Anstiftung und Beihilfe zu unterscheiden, nicht mehr gewährleistet.¹⁾ Ist diese Behauptung richtig, läßt sich also, wie ebenfalls der BGH²⁾ gemeint hat, dem Unterschied zwischen Veranlassen einer fremden Tat und Mitwirken an ihr ein sinnvoller Inhalt nur geben, wenn der Haupttäter vorsätzlich gehandelt hat, so ist die Frage, wann auf den Dritten zurückgehende Verhaltensabweichungen Anstiftung, wann Beihilfe begründen, nur unter Zugrundelegung der Ansicht zu bewältigen, die Tatentschluß im Sinne von Tatvorsatz versteht.

Der Schluß, objektive Verschiedenheiten zwischen Anstiftung und Beihilfe bestünden nicht mehr, sobald der Anstifter im Haupttäter keinen Vorsatz zu erzeugen brauche, ist indessen nicht zwingend. Zwar ist Bockelmann zuzugeben, daß die "Hervorrufung des Tatvorsatzes" nicht durch das bloße "Verursachen" der Tat ersetzt werden kann, ohne wichtige Unterscheidungsmöglichkeiten im Unrechtsgehalt der Mitwirkung zu beseitigen. Denn "Bestimmen" und "Hilfeleisten" verschwimmen konturenlos ineinander - von den wenigen streitigen Fällen nicht kausaler Beihilfe abgesehen -, wenn man sich in beiden Teilnahmeformen unterschiedslos auf eine Mitverursachung des Taterfolges beschränkt. Die

1) Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme, S.17; ebenso Tröndle GA 1956 S.142ff.

2) BGHSt 9/370(380f.).

Folgerung, mit dem Absehen vom Erfordernis des Tatvorsatzes erschöpften sich die unrechtsbestimmenden Merkmale von Anstiftung und Beihilfe in der Mitverursachung eines rechtswidrigen Verhaltens, ist jedoch übereilt.

Wenn der Anstifter die fremde Tat "veranlaßt", der Gehilfe an ihr nur "mitwirkt", so sind diese Ausdrücke nicht lediglich Synonyma für "Verursachen", wie Bockelmann meint.¹⁾ Vielmehr lassen die gesetzlichen Umschreibungen der §§ 48, 49 StGB Differenzierungen zu, die auch unabhängig vom Tatvorsatz die für Anstiftung und Beihilfe jeweils charakteristische Art der Kausalverknüpfung mit den Enderfolg kennzeichnen. Der Anstifter ruft den Tatentschluß - mag es sich nun um den Willen zur Vornahme der äußeren Tathandlung oder um den Vorsatz, d.h. das Wissen und Wollen sämtlicher Tatumstände handeln - erst hervor, er wirkt auf den Willen desjenigen ein, der sich noch nicht zu einer Handlung entschlossen hat, mit der er den schädlichen Erfolg verursacht. Dagegen unterstützt der Gehilfe - im Falle von technischer oder psychischer Beihilfe - den Täter bei der Ausführung der rechtswidrigen Handlung oder - soweit intellektuelle oder psychische Beihilfe in Frage steht - bestärkt den Täterwillen eines schon zur Handlung Entschlossenen, gleichgültig, ob der Täter in Kenntnis sämtlicher Tatumstände handelt oder nicht.

Teilnahmehandlungen nach §§ 48, 49 StGB erschöpfen sich also - entgegen der Behauptung Bockelmanns - auch dann nicht in der Mitverursachung eines rechtswidrigen Verhaltens, wenn man vom Erfordernis des Tatvorsatzes absieht. Selbst bei Verzicht auf den Tatvorsatz sind genügend Kriterien vorhanden, die eine Unterscheidung von Anstiftung und Beihilfe gewährleisten.²⁾ Ist eine Abgrenzung aber auch unabhängig von der Frage möglich, ob der Tatentschluß dem Tatvorsatz

1) Täterschaft und Teilnahme, S. 19f.

2) Franzheim, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, S. 45. Vgl. auch Engisch, Eberhard-Schmidt-Festschrift, S. 112.

entspricht, so kann die Problematik, wie der Tatentschluß beschaffen sein muß, für die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe auf sich beruhen.

Wie wenig der Streit um den Tatvorsatz für die Grenzziehung zwischen den §§ 48,49 StGB ins Gewicht fällt, beweisen auch die hier zu erörternden Fallgruppen. Grundsätzlich taucht die Frage, wie die von einem Dritten hervorgerufene Verhaltensabweichung zu beurteilen ist, in gleicher Weise auf und ist nach denselben Kriterien zu beantworten, gleichgültig ob man nun die Auffassung zugrundelegt, Anstiftung setze die Hervorrufung des Tatvorsatzes voraus, oder ob man die Erzeugung des Willens zur Vornahme der äußeren Tathandlung genügen läßt. Ist etwa ein Arzt bereit, ihm anvertraute Geheimnisse einer Patientin einer anderen Person zu offenbaren (§ 300 StGB), und überredet ein Dritter ihn, die vorgesehenen Angaben durch nähere Einzelheiten zu ergänzen, so stellt sich die Frage, ob der Dritte als Anstifter oder als Gehilfe zur Verantwortung zu ziehen ist, auch dann, wenn der Arzt irrtümlich an eine Einwilligung der Patientin geglaubt hat.¹⁾ Daß in solchen Fällen nur bei vorsätzlichen Haupttaten eine sinnvolle Unterscheidung zwischen Anstiftung und Beihilfe möglich sein soll, vermag nicht einzu-leuchten. Für die Feststellung, wie stark die von dem Dritten hervorgerufene Verhaltensabweichung gegenüber dem Geplanten ins Gewicht fällt, ob sie als geringfügig zu bezeichnen ist und daher Beihilfe begründet oder ob sie schwerwiegend ist und deshalb eine Bestrafung wegen Anstiftung rechtfertigt, kommt es nicht auf den Tatvorsatz an. Das entscheidende Abgrenzungsmerkmal zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen beruht nicht auf der in Kenntnis sämtlicher Tatumstände getroffenen Entscheidung zur Tatausführung, sondern - wie später noch eingehend dargelegt werden

1) Vorausgesetzt natürlich, daß man Teilnahme an unvorsätzlicher Tat für strafbar hält.

wird - auf der Wertigkeit des später ausgeführten Geschehens gegenüber dem zunächst Geplanten.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß für die hier interessierende Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe sowohl vom Tatentschluß = Tatvorsatz als auch vom Tatentschluß im Sinne des Willens zur Vornahme der äußeren Handlung ausgegangen werden kann. Eine Stellungnahme zum Streit über das Wesen des Tatentschlusses erübrigt sich daher. Soweit der Ausdruck "Tatentschluß" im folgenden verwandt wird, ist also bewußt offengelassen, welcher Auslegung der Vorzug zu geben ist.

2. Das H e r v o r r u f e n des Tatentschlusses

Wenn somit auch feststeht, daß der Streit um das Wesen des Tatentschlusses für die Lösung der anstehenden Probleme keine Rolle spielt und daher auf sich beruhen kann, so bleibt gleichwohl zu klären, welche Anforderungen an das H e r v o r r u f e n dieses Entschlusses zu stellen sind.

Der Tatentschluß ist im Täter hervorgerufen worden, wenn er von einem Dritten ausgelöst, d.h. kausal verursacht wird. Ein solcher Anstoß zur Fassung des Tatentschlusses setzt freilich nicht unbedingt voraus, daß die beeinflusste Person zuvor an die Tatverwirklichung noch nicht gedacht oder ihr sogar ablehnend gegenübergestanden hat.¹⁾ Auch wenn der Täter schon vorher mit dem Gedanken gespielt hat, die Tat so zu gestalten, wie er sie nach Bestimmung durch

1) Maurach AT S.583; Mezger, Lehrbuch, S.434; Schönke-Schröder, § 48 Rdnr.4; Schwarz-Dreher § 48 Anm.1 A.

den Dritten ausgeführt hat, kann der Dritte den entscheidenden Anstoß geben und den endgültigen Entschluß zur Tat auslösen. Daß der Dritte auch dann als Anstifter zu behandeln ist, ergibt sich zwingend daraus, daß alle Bedingungen, die den Erfolg, hier Tatentschluß, mit herbeigeführt haben, gleichwertig sind.

Problematisch ist allerdings, ob es eine psychologische Kausalität - um eine solche kann es sich bei der Beeinflussung eines anderen Menschen nur handeln - überhaupt gibt und bejahendenfalls, wie man sich diese vorzustellen hat. Fragen, die die "innere Kausalität" betreffen, tauchen nicht nur bei der Teilnahme in Gestalt von Anstiftung und psychischer Beihilfe, sondern auch beim Betrug nach § 263 StGB auf, wenn es um den Kausalzusammenhang zwischen Irrtumserregung und Vermögensverfügung geht.¹⁾ Hier wie dort gehen aber Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre wie selbstverständlich davon aus, daß Kausalbeziehungen im Sinne eines Wirkungszusammenhangs bestehen. Auf die von anderer Seite geltend gemachten Bedenken soll daher nur ganz kurz hingewiesen werden.

Die Berechtigung der psychisch vermittelnden Kausalität erscheint zweifelhaft, wenn man sie in Gegensatz zur indeterminierten Freiheit setzt. So behauptet z.B. Hellmuth Mayer²⁾: "Wer an die Willensfreiheit des Menschen als reale Entscheidungsfreiheit glaubt, kann die Kausalität der Anstiftung keinesfalls zugestehen." Nach seiner Auffassung besteht Anstiftung vielmehr darin, daß der Einflußnehmende in so bedeutsamer Weise auf den Täter eingewirkt habe, daß er nach sittlicher Wertung die volle Mitverantwortung für die Straftat übernommen habe³⁾. In der Tat ist ein Wider-

1) Vgl. dazu Engisch, Festschrift für Hellmuth von Weber, S.247.

2) Lehrbuch, S.318.

3) Hellmuth Mayer, aaO., S.321.

spruch nicht zu leugnen, wenn man - wie er - Kausalität "nezessitierend" versteht¹⁾, d.h. Kausalbeziehungen nur dort anerkennen will, wo eine bestimmte Ursache - hier Einflußnahme - naturnotwendig eine bestimmte Wirkung - d.h. den Tatentschluß - auslöst. Ob die Beeinflussung zum Tatentschluß führt, hängt nämlich - im Gegensatz zur kausalgesetzlichen Tatsachenverknüpfung - noch von der freien Willensentscheidung des Täters ab.

Kausalität muß aber nicht nezessitierend verstanden werden. In der modernen Physik wird auch nicht deshalb vom Kausalprinzip Abstand genommen, weil das Schicksal der Einzelpartikel eines Atoms als nicht determiniert festgestellt werden kann. Wir wissen nur, daß und annäherungsweise welche Wirkungen eine Ursache hervorbringen wird. Warum und wie das geschieht, ist uns zum großen Teil verborgen. Daher ist Kausalgesetzlichkeit vom Kausalprinzip zu unterscheiden. Das Kausalprinzip besagt aber nur, daß alles Geschehen eine Ursache hat; welcher Art die Ursache ist und wie sie wirkt - diese Fragen bleiben bewußt offen²⁾.

So gesehen, läßt sich das Hervorrufen des Tatentschlusses mit der Lieferung eines Motivs für die Willensbildung eines anderen sowie damit, dieses oder ein bereits in Aussicht genommenes Motiv zu seiner Willensbildung auch zu verwerten, umschreiben³⁾.

Wenn einerseits nur die kausale Einflußnahme Anstiftung begründet, so reicht andererseits nicht jedes Setzen einer Ursache zur Hervorrufung des Tatentschlusses aus. Eine Be-

1) Hellmuth Mayer, aaO. S.321, ebenso in Festschrift für Rittler, S.243(257).

2) Lampe ZStW Bd.77 S.269f. m.w.N.

3) Lampe ZStW Bd.77 S.269f. m.w.N.

schränkung ist auf Grund der gesetzlich aufgeführten Anstiftungsmittel geboten. Sie geht allerdings nicht unmittelbar aus dem Gesetz hervor. Es hat zwar einzelne Bestimmungsmittel erwähnt; sie sind aber, wie sich aus dem Wortlaut des § 48 StGB ("oder durch andere Mittel") ergibt, lediglich Beispiele. Jedes weitere psychologische Bestimmungsmittel wie Überreden, Bitten, Inaussichtstellen einer Belohnung, Hinweis auf die Vorteile des zu begehenden Verbrechens, Erteilung eines den Tatentschluß auslösenden "guten Rates" dient der Anstiftung.¹⁾

Wenn in § 48 StGB aber von Bestimmen durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt und durch absichtliche Herbeiführung eines Irrtums die Rede ist, so muß daraus der Wille des Gesetzgebers entnommen werden, weitere Bestimmungsmittel nur in Form unmittelbar gedanklicher Beeinflussung des Täters zuzulassen²⁾. Es genügt daher nicht, den anderen durch rein objektives Darbieten einer verlockenden Gelegenheit in Versuchung zu führen.³⁾ Wer einen fremden Gegenstand bewußt schlecht verwahrt, damit ein verhaßter Gegner der Versuchung zum Diebstahl erliegt, ist zwar ursächlich für den Tatentschluß, wenn der andere tatsächlich wie erwartet handelt,

-
- 1) Ob dagegen reines Unterlassen ausreicht, ist bestritten. Bejahend: Maurach AT S.537; Mezger LK § 48 Anm.2e; verneinend: Baumann AT S.519; Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.321; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.484.
 - 2) Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.321; Rutkowski NJW 1952, S.606/608; Welzel, Lehrbuch, S.111.
 - 3) Ein ähnliches Problem taucht in § 263 StGB auf. Täuschung setzt eine Einwirkung auf die Vorstellung des Opfers voraus, dagegen genügt es nicht, wenn lediglich der Gegenstand eine Änderung erfährt, auf den sich die Vorstellung bezieht. So Schönke-Schröder § 263 Rdnr.32.

er hat den Tatentschluß aber nicht auf dem Wege geistig verstehender Beeinflussung erzeugt. Deshalb kann er nicht Anstifter, sondern allenfalls Gehilfe sein. Verhaltensweisen, bei denen es an der unmittelbar psychischen Einwirkung fehlt, können mithin, mögen sie auch Veränderungen des Tatentschlusses nach sich ziehen, von der nachfolgenden Untersuchung ausgenommen werden. Hat etwa der Einflußnehmende den zum einfachen Raub Entschlossenen nicht - wie im Ausgangsfall - zur Mitnahme einer Waffe g e r a t e n , sondern ihm ohne Absprache lediglich einen Knüppel oder eine Eisenstange b e r e i t g e s t e l l t - ohne daß hierin ein konkludentes Verhalten im Sinne einer "beredten" Aufforderung zu erblicken wäre -, so kann Anstiftung, unabhängig von der Lösung für den Ausgangsfall, nicht mehr in Betracht kommen.

Den folgenden Betrachtungen sind demgemäß nur solche Einwirkungen eines Dritten auf den Täter zugrunde zu legen, die ihn unmittelbar gedanklich beeinflusst und dazu geführt haben, daß er seinen konkreten Willen zur Tat endgültig gefaßt hat.

B. Einzelne Abgrenzungsmerkmale zur Unterscheidung von erheblichen und unerheblichen Verhaltensabweichungen

Mit der Feststellung, daß ein Dritter eine Veränderung des Tatentschlusses in der soeben beschriebenen Weise hervorgerufen hat, ist für die Beurteilung, ob der Dritte als Anstifter oder als Gehilfe anzusehen ist, erst wenig gewonnen. Wie bereits angedeutet, kommt es nunmehr entscheidend auf die Art und das Gewicht der Veränderung an. Geringfügige, unwesentliche Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan können nicht dazu führen, den Dritten für das tatsächliche Deliktsgeschehen als Anstifter haftbar zu machen. Sie haben eine bloße Umformung der bereits beschlossenen Tat mit sich gebracht, lassen jedoch deren Identität mit der ausgeführten Tat unberührt. Der Dritte hat mithin nicht die Begehung eines Delikts ausgelöst, sondern hat lediglich zu dessen Ausgestaltung beigetragen. Eine andere Beurteilung bietet sich dagegen bei wesentlichen Abweichungen an. Bei ihnen handelt es sich nicht um den nur umgeformten Ablauf eines schon vorher ins Auge gefaßten Tatgeschehens. Vielmehr tritt hier Andersartiges an die Stelle des Geplanten. Das wird besonders augenfällig, wenn dem Wechsel völlig Neues anhaftet, das keinerlei oder geringe Anknüpfungspunkte zum ursprünglichen Tatentschluß aufweist (z.B. Totschlag statt Beleidigung oder Körperverletzung). Sofern beim Dritten eine täterschaftliche Beteiligung entfällt, kann er in solchen Fällen nur Anstifter sein. Als Anstiftung ist sein Eingreifen aber auch zu werten, wenn es am vorhergehenden Tatentschluß ansetzt und enge Berührungspunkte zu ihm bestehen bleiben läßt, jedoch eine derartige Veränderung des zuvor Beschlossenen bewirkt, daß begangene und geplante Tat nicht mehr gleichstehen. Die

Abweichung stellt sich unter solchen Umständen nicht mehr als eine unselbständige Tatmodifikation dar. Sie gibt dem Ausgeführten ein selbständiges Gepräge, unbeschadet sonstiger enger Berührungspunkte mit dem Vorgesehenen. Diese allein vermögen keine Tatidentität zu begründen.

Die Frage spitzt sich somit darauf zu, nach welchen Maßstäben sich bestimmt, ob eine Abweichung unerheblicher oder erheblicher Art ist, ob also noch dieselbe oder eine neue Tat vorliegt. Insoweit fragt sich zunächst, ob ausschließlich objektive Kriterien Platz greifen oder der Vorstellung und dem Willen des Täters die entscheidende Bedeutung zukommt.

1. Abgrenzung nach subjektiven oder objektiven Kriterien

Will man Art und Gewicht der durch einen Dritten veranlaßten Veränderung eines Tatplanes beurteilen, so stellt sich als erste Frage, welche Faktoren überhaupt zu berücksichtigen sind. Die Beurteilung kann sich auf die äußeren Vorgänge beschränken, d.h. auf das rein objektive Geschehen, wie es nach dem Willen des Tatentschlossenen vor dessen Beeinflussung durch den Dritten vor sich gehen sollte und wie es sich danach abgewickelt hat. Es läßt sich andererseits auch daran denken, subjektiven Momenten, insbesondere Vorstellung und Willen des Täters, das maßgebliche Gewicht einzuräumen. Überspitzt ausgedrückt läuft die Frage darauf hinaus, ob als Maßstab für die Erheblichkeit einer Abweichung das in Betracht kommt, was dem Täter an der Tat als das Wesentliche erscheint, oder alles das, was unabhängig von der Vorstellung und dem Willen des Täters wesentlich ist. Kommt es, um die Fragestellung an einem Beispiel zu verdeutlichen, etwa darauf an, ob der zum Mord entschlossene Täter sich anfangs für ein bestimmtes Tatmittel (Gift)

unter Ausschluß anderer Mittel entschieden hat, oder ist eine solche Begrenzung des in Aussicht genommenen Tatmittels grundsätzlich bedeutungslos?

Ob subjektive Momente zu beachten sind, hängt weitgehend vom Sinn des jeweiligen Tatbestandes oder Rechtsinstituts ab. Aus ihm kann hervorgehen, daß sich ohne Berücksichtigung des Täterwillens und der Tätervorstellung keine sachgerechten Ergebnisse finden lassen. Das wird besonders deutlich bei der Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch nach § 46 Ziff.1 und 2 StGB. Hier kann nach h.M. allein die Vorstellung des Täters den notwendigen Aufschluß darüber geben, was von ihm noch zu erwarten war, ob also eine Fortsetzung des Handelns erfolgen und welcher Art sie sein sollte¹⁾.

Auch für die Feststellung, ob ein Handeln auf einem neuen, selbständigen Entschluß beruht, kann es, will man zu einem sachgemäßen Ergebnis gelangen, not tun, auf subjektive Gesichtspunkte abzustellen. Ob mehrere Handlungen als selbständige Akte oder als einheitliches Geschehen im Sinne einer fortgesetzten Tat oder einer natürlichen Handlungseinheit anzusehen sind, läßt sich z.B. im allgemeinen nur ermitteln, wenn man die Vorstellung und den Willen des Täters berücksichtigt. Von Belang kann insoweit dann durchaus sein, daß der Täter sich auf ein bestimmtes Tatmittel versteift hatte. So hat beispielsweise der BGH entschieden, daß der Täter, der ursprünglich mit einem ganz bestimmten Mittel - z.B. Gift - töten wollte und nach unerwartetem Fehlschlag mit Hilfe eines anderen, zunächst abgelehnten Mittels - etwa einer Schußwaffe - das Opfer umzubringen versuchte, zwei selbständige Tötungsversuche begangen hat.²⁾

1) Maurach AT S.441; Mezger, Lehrbuch, S.399f.; Schönke-Schröder § 46 Rdnr.5ff.; BGHSt 14/75ff.; BGH GA 1956 S.89.

2) BGHSt 10/129(131).

Der von Anfang an dem Mittel nach begrenzte Tötungsplan ist mit der Verwendung des ersten Mittels, nämlich der Giftbeibringung, abgeschlossen. Daher faßt der Täter einen neuen, selbständigen Entschluß, wenn er nunmehr zu einem weiteren Mittel greift.

Dementsprechend könnte man geneigt sein, in gleicher Weise Vorstellung und Wille des Täters zum ausschlaggebenden Kriterium für die Abgrenzung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan zu erheben. Denn auch hier geht es um die Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit eines Aktes - des verwirklichten - gegenüber einem anderen - dem vorgesehenen. Für die Heranziehung subjektiver Gesichtspunkte sprechen überdies die Ausführungen des RG vom 14.1.1901¹⁾ zu der Frage, wie Abweichungen des Täterverhaltens von der Vorstellung des Anstifters zu beurteilen sind. Das RG hat in seiner Entscheidung darauf abgestellt, was dem Anstifter an der Haupttat als das Wesentliche erschienen ist. Was für den Anstifter beachtlich sei, so ließe sich folgern, müsse auch für den Täter maßgebend sein.

Indes lassen sich derartige Schlüsse nicht ohne weiteres ziehen. Die Auffassung des RG steht als eine vereinzelte Äußerung da. Mezger²⁾ hat sie als nicht unbedenklich hingestellt und hat sich selbst für eine objektive Betrachtungsweise ausgesprochen. Nach ihm soll es nicht darauf ankommen, was dem Anstifter an der Tat als das Wesentliche erscheint, sondern was an ihr das Wesentliche ist. Ist demnach der Standpunkt des RG keineswegs unanfechtbar, so ist es verfehlt, aus ihm schlankweg Folgerungen dafür herzuleiten, nach welchem Maßstab zu verfahren ist, um die Änderung eines Tatentschlusses als erheblich oder als unerheblich einstufen zu können.

1) RGSt 34/327(328).

2) LK § 48 Anm.2d (S.265).

Ebensowenig lassen sich die Grundsätze, die für die Abgrenzung zwischen einer natürlichen Handlungseinheit bzw. einer fortgesetzten Tat von selbständigen Handlungen gelten, unbesehen übernehmen. Sie beziehen sich auf mehrere begangene Handlungen, während bei der Einwirkung auf den Tatentschlossenen zur Umgestaltung seines Tatplanes eine lediglich geplante Handlung mit einer tatsächlichen Handlung zu vergleichen ist. Wie zweifelhaft die entsprechende Heranziehung subjektiver Gesichtspunkte ist, machen bereits folgende dem oben erwähnten BGH-Fall nachgebildete Beispiele ersichtlich.

- (1) A hat sich entschlossen, seine Ehefrau mit einem ganz bestimmten Gift, das er für seine Zwecke allein für geeignet hält, aus dem Weg zu räumen. Sein Bekannter B überzeugt ihn, daß ein anderes Gift wesentlich geeigneter sei. A verwendet daraufhin dieses Gift.
- (2) A plant, einen Diebstahl mit Hilfe eines Dietrichs unter bewußtem Ausschluß anderer Durchführungsmittel zu verüben. B überredet ihn, einen Nachschlüssel, den er zur Verfügung stellt, zu benutzen.

Geht man einmal vorläufig davon aus, daß objektiv der Übergang zu einem anderen Mittel, besonders wenn es wie in den angeführten Beispielen dem anfangs in Aussicht genommenen Mittel auffallend ähnlich ist, nur als unselbständige Variation des zuvor gefaßten Entschlusses erscheint, so ist nach der objektiven Betrachtungsweise der Dritte als Gehilfe zu bestrafen. Macht man die Entscheidung jedoch von subjektiven Kriterien abhängig, so ist der Dritte Anstifter, weil in dem Täter, der seinen Tötungs- bzw. Diebstahlswillen nur mit einem ganz bestimmten Mittel verwirklichen will, ein neuer Entschluß hervorgerufen wird. Bei unbefangener Betrachtung dürfte man angesichts der genannten Beispiele - jedenfalls seinem Rechtsgefühl nach - einer Bewertung, die sich an rein objektive Kriterien hält,

den Vorzug geben.

Wollte man dennoch von subjektiven Gesichtspunkten ausgehen, bände man sich an Regeln, die sich nicht konsequent einhalten lassen. Wenn nämlich Vorstellung und Wille des Täters darüber Aufschluß geben sollen, was wesentlich ist, müssen sie auch bestimmen, was unwesentlich ist. Soweit also einerseits die Änderung erheblich ist, weil der Täter ursprünglich bestimmte Mittel oder Objekte abgelehnt hatte, muß andererseits jede Abweichung unbedeutend sein, wenn dem Täter jedes Mittel oder jedes Opfer recht ist. Daß diese Regel nicht durchführbar ist, beleuchtet folgendes Beispiel: Will der Täter seine Erbtante E umbringen, bestimmt ihn aber ein Dritter dazu, statt ihrer den noch reicheren und bereits schwerkranken Erbonkel O zu töten, so liegen - da höchstpersönliche Rechte verschiedener Personen betroffen sind¹⁾ - zwei n i c h t gleichstehende Entschlüsse vor, auch wenn der Täter es von vornherein nur auf eine Erbschaft abgesehen hat und sich sagt: Wer stirbt, ist mir an sich gleich, die Hauptsache ist, ich erbe. Subjektive Gesichtspunkte können demnach allenfalls neben objektiven Momenten als tragende Abgrenzungskriterien anerkannt werden.

Aber auch als bloß zusätzliches Abgrenzungskriterium führt die Heranziehung subjektiver Gesichtspunkte zu Ungereimtheiten. Sind Wille und Vorstellung des Täters maßgebend, soweit sich mit ihnen eine Einschränkung des Tatmittels oder der Tatgegenstände verknüpft, ist man gezwungen, zwei Fallgruppen unterschiedlich zu beurteilen, die richtigerweise gleich behandelt werden müssen. Hat sich der Täter unter bewußter Ablehnung anderer Ausführungsarten für eine ganz bestimmte Verwirklichungsweise entschlossen, so würde der Dritte, der den Täter zu einer anderen Ausführungsart bestimmt, auf Grund der subjektiven Momente als Anstifter zu bestrafen sein. Stellt man diesem Fall einen anderen gegenüber, nämlich den, in dem der Täter das von dem Dritten vorgeschla-

1) Vgl. unten S. 65f.

gene Tatmittel noch gar nicht ins Auge gefaßt hatte, so entfallen subjektive Kriterien als Abgrenzungsmaßstab. Zu einem sachgerechten Ergebnis kann allein die objektive Betrachtungsweise führen, nach der aber vielfach lediglich Beihilfe anzunehmen ist. Nun ist jedoch kein überzeugender Grund ersichtlich, warum nur Beihilfe vorliegen soll, wenn der Raubtäter dankbar den Vorschlag seines Freundes aufgreift, statt einer Hiebwaaffe dessen Schußwaaffe zu benutzen, andererseits aber Anstiftung gegeben sein soll, wenn der Täter zunächst den Einsatz einer Schußwaaffe bewußt abgelehnt hat, sich dann aber von dem Freund überreden läßt, dessen Schußwaaffe bei der Tat zu verwenden.

Die abweichenden Ergebnisse lassen sich nicht etwa mit der unterschiedlichen psychischen Lage rechtfertigen, in der sich der Täter befindet. Hat er sich auf ein bestimmtes Tatmittel festgelegt und andere bewußt abgelehnt, muß möglicherweise zwar stärker auf seinen Willen eingewirkt werden, um ihn zur Änderung seines Entschlusses zu bewegen, als in den Fällen, in denen er das später angewandte Mittel noch gar nicht in Erwägung gezogen hatte. Die Stärke der Willensbeeinflussung kann aber nicht den Ausschlag darüber geben, ob diese zur Anstiftung oder zur Beihilfe zu rechnen ist. Wollte man sie und dementsprechend auch das Ausmaß des Widerstandes, den der Dritte beim Tatentschlossenwerden zur Fassung des veränderten Entschlusses brechen muß, als Maßstab heranziehen, setzte man sich in Widerspruch zu der im Strafrecht herrschenden Äquivalenztheorie, nach der alle Bedingungen, die den Erfolg, hier Tatentschluß, herbeiführen, gleichwertig sind. Eine Abgrenzung nach erheblichen psychischen Ursachen, die Anstiftung begründen, und weniger nachhaltiger Einwirkung, die zur Annahme von Beihilfe führt, ist also nicht möglich. Dementsprechend ist es gleichgültig, ob der Täter sich überwinden muß, den Rat des Dritten zu befolgen, oder ob er dazu ohne weiteres bereit ist.

Eine unterschiedliche Behandlung beider Fallgruppen, je nachdem, ob der Täter sich auf ein ganz bestimmtes Tatmittel bzw. Tatobjekt versteift oder an andere Mittel bzw. Gegenstände gar nicht gedacht hat, läßt sich daher von keiner Warte aus verfechten. Auch als bloß zusätzliches Abgrenzungsmerkmal sind subjektive Momente unangemessen.

Die Unangemessenheit, nach subjektiven Kriterien abzugrenzen, enthüllt sich vollends, wenn man sich den Strafgrund der Teilnahme vor Augen hält. Der Teilnehmer haftet nach überwiegender Meinung¹⁾ wegen der erfolgten Rechtsverletzung, weil er zu dem vom Haupttäter begangenen Unrecht beigesteuert, an dessen Eintreten mitgewirkt hat. Ansatzpunkte für eine Beurteilung, ob der Dritte Anstifter oder Gehilfe ist, hat mithin das vom Haupttäter verwirklichte Unrecht zu sein. Die Einwirkung auf den Tatentschlossenen ist also nur dann als Anstiftung zu werten, wenn der Dritte eine wesentliche Veränderung oder Erweiterung des geplanten Unrechts hervorgerufen hat. Und insoweit sind subjektive Momente, wie sie hier erörtert worden sind, ohne jede Bedeutung. Zieht der Täter z.B. ein Tatmittel bewußt allen anderen vor, so spielt seine Vorstellung, dieses Mittel sei zur Tatausführung besonders gut geeignet und alle anderen hätten deshalb auszuscheiden, für die Bewertung des Tatumrechts keine Rolle. Dementsprechend hat auch der Dritte keine wesentliche Änderung oder Erweiterung des Unrechts hervorgerufen, wenn er den Täter dazu bestimmt, die Begrenzung aufzugeben und zu einem anderen Tatmittel zu greifen, vorausgesetzt, das tatsächliche Geschehen steht objektiv der zuvor beabsichtigten Tat gleich.

Festzuhalten ist somit, daß die Unterscheidung von wesentlichen Verhaltensabweichungen, die Anstiftung begründen, und unerheblichen Veränderungen, die nur die Annahme von

1) Vgl. statt aller Schönke-Schröder, § 48 Rdnr.13 mit Nachweis über abweichende Ansichten.

Beihilfe rechtfertigen, nach subjektiven Momenten nicht möglich ist. Weder allein noch neben objektiven Kriterien angewandt sind sie in der Lage, eine tragfähige Grundlage zur Abgrenzung von erheblichen und unerheblichen Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan zu bieten.¹⁾ Allein maßgebend ist daher die objektive Betrachtungsweise.²⁾ Zu beurteilen ist das objektive Geschehen, wie es nach dem Willen des Tatentschlossenen vor dessen Beeinflussung durch den Dritten ablaufen sollte und wie es sich danach abgespielt hat.

1) Eine Ausnahme gilt allerdings für solche subjektive Momente, die das Unrecht der Tat mitbestimmen, wie gewisse Absichten (subjektive Unrechtselemente).

2) Eingeschlossen sind hierbei die in Fn.1 erwähnten Unrechtselemente.

2. Die Identität von ursprünglich geplanter und nach Einflußnahme des Dritten ausgeführter Tat

a) Charakterisierung der Tatidentität

Nach der allein angemessenen objektiven Betrachtungsweise sind der Entschluß, den der Täter vor der Beeinflussung durch den Dritten bereits gefaßt hatte, und der Entschluß, wie er nach der Einflußnahme zur Ausführung gelangt, miteinander zu vergleichen. Vergewegenwärtigt man sich die eingangs gemachte Feststellung, daß vollendete Anstiftung eines sog. alias oder omni modo facturus nicht möglich ist, so ergibt sich folgendes: Anstiftung eines zur konkreten Deliktsverwirklichung bereits fest Entschlossenen kann nur noch angenommen werden, wenn der Täter sich auf Grund der Willensbeeinflussung zu einer Änderung seines Tatplanes entschließt, die mit dem ursprünglich geplanten Verbrechen nicht mehr identisch ist. Die Frage spitzt sich also darauf zu, ob die Tat, die nach Einflußnahme des Dritten tatsächlich begangen wird, noch d i e s e l b e oder eine a n d e r e als die zunächst beschlossene ist, ob also Tatidentität vorliegt oder nicht.

Ob Straftaten identisch sind, kann von verschiedenen Faktoren abhängen. Die Andersartigkeit kann sich sowohl aus der tatsächlichen Veränderung der Handlungselemente als auch aus einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung des Vorgangs ergeben. Als tatsächliches Geschehen wird ein Verbrechen u.a. charakterisiert durch die Art und Weise der Begehung sowie durch Art und Wert des Verbrechensobjektes, wobei insbesondere die Individualität des Opfers von Bedeutung sein kann. Für die rechtliche Wertung ist der betreffende Straftatbestand vor dem Hintergrund des zu schützenden Rechtsgutes wesentlich. Zu klären

ist mithin, welchen Einfluß Ersatz, Veränderung und Wegfall dieser Faktoren auf die Frage haben, wann aus einer Tat eine andere wird.

Die Frage nach der Identität von Taten ist nicht auf den hier zu erörternden Problemkreis, Anstiftung eines Tatentschlossenen zu einer Änderung seines Tatplanes, begrenzt. Sie taucht vielmehr auch in anderen Bereichen des materiellen Strafrechts¹⁾ auf. Es liegt daher nahe, diese Gebiete einer näheren Betrachtung zu unterziehen, zunächst aus der Erwägung heraus, Bedeutung und Tragweite der Tatidentität im materiellen Sinn einmal sinnfällig zu machen. Zudem empfiehlt sich eine Beleuchtung verwandter Bereiche auch deshalb, weil Abgrenzungskriterien, die für andere Gebiete bereits herausgestellt worden sind, unter Umständen Ansatzpunkte zur Bewältigung der hier anstehenden Fragen bieten, zumindest aber Vergleichsmaterial zur Lösung bestimmter Einzelfragen liefern.

-
- 1) Ebenfalls taucht das Problem der Tatidentität im Strafverfahrensrecht auf. Es ist dort sogar am geläufigsten. Gleichwohl ist das Prozeßrecht aus den Betrachtungen auszuklammern. Der prozessuale Tatbegriff ist nämlich in der Regel weiter als der materielle, was in Anbetracht der unterschiedlichen Zwecksetzung nur natürlich ist. Die prozessualen Handlungen und Geschehnisse werden nicht nur unter dem Blickwinkel von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, sondern auch der Zweckmäßigkeit beurteilt (Peters, Strafprozeß, S.243). Zweckmäßigkeits-erwägungen treten aber für die Tatidentität im materiellen Sinn regelmäßig in den Hintergrund.

So hat etwa das RG (RGRspr Bd.9,430ff.) erklärt: "Die Identität der zur Untersuchung gezogenen und der im Erkenntnis für erwiesen erachteten Beleidigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die beleidigende Äußerung vom erkennenden Richter auf einen anderen als den im Eröffnungsbeschluß bezeichneten Verletzten bezogen wird."

Demgegenüber ist Tatidentität im materiellen Sinn bei der Auswechslung des Opfers - soweit höchstpersönliche Rechtsgüter wie die Ehre im Spiele sind - ausgeschlossen. Vgl. unten S. 65f.

b) Die Identität von Taten in anderen Bereichen
des materiellen Strafrechts

Von den Bereichen, in denen sich die Frage nach der Identität von Taten stellt, sei zunächst der Exzeß eines Tatbeteiligten hervorgehoben. Er weist gegenüber den Problemen, die bei der Anstiftung eines Tatentschlossenen auftauchen, auffallende Gemeinsamkeiten auf. Deshalb wird später noch häufiger auf diese Parallelerscheinung zurückzugreifen sein.

Mit der Exzeßproblematik ist die Frage angeschnitten, wie Teilnehmer¹⁾ zu bestrafen sind, wenn der Haupttäter mehr oder etwas anderes tut, als sie gewollt haben. Nur unter der Voraussetzung, daß sich die vom Tatbeteiligten vorgestellte und die vom Haupttäter begangene Tat nicht mehr entsprechen, kann von einem Exzeß gesprochen werden, für den die Verantwortlichkeit des Teilnehmers entfällt.²⁾ Eine Antwort auf die Frage, wie der Tatbeteiligte im Falle eines von seinem Vorsatz abweichenden Geschehens zur Verantwortung zu ziehen ist, läßt sich also - ähnlich wie beim Vergleich zwischen geplanter und ausgeführter Tat im Falle der Beeinflussung eines Tatentschlossenen - nur durch einen Vergleich zwischen vorgestellter und tatsächlich ausgeführter Tat finden.³⁾

-
- 1) Gleiches gilt für Mittäter, wenn einer von ihnen vom gemeinsamen Tatplan abweicht. Der Vereinfachung und besseren Übersichtlichkeit halber wird im Text aber nur auf Teilnehmer und Haupttäter abgestellt.
 - 2) Die Möglichkeit einer eventuellen Haftung für Fahrlässigkeit, etwa im Rahmen eines erfolgsqualifizierten Deliktes, sei hier außer Betracht gelassen.
 - 3) Allg. Meinung: Maurach AT S.584; Mezger LK § 48 Anm.3c (S.268); Schönke-Schröder Rdnr.98 vor § 47; § 47 Rdnr. 17; § 48 Rdnr.14; § 49 Rdnr.15ff.

Zur Beurteilung, wann vorgestellte und tatsächlich begangene Tat einander entsprechen und wann sie nicht mehr gleichstehen, hat man auf verschiedene Abgrenzungskriterien verwiesen. So soll es darauf ankommen, ob die Unterschiede zwischen den zu vergleichenden Taten wesentlich sind¹⁾, ob mit den Abweichungen nach den Umständen des Falles gewöhnlich gerechnet werden muß²⁾ oder, konkret auf die Ausführungsarten abgestellt, ob diese gleichwertig sind.³⁾ Richtlinien dieser Art sind jedoch nicht mehr als eine anderslautende Umschreibung dessen, was hier mit dem Wort "Tatidentität" ausgedrückt werden soll, solange sie nicht, etwa an Hand von Fallgruppen, näher präzisiert werden. Dieser Mühe hat sich, soweit ersichtlich, bisher noch niemand unterzogen. Mangels genauerer Maßstäbe erscheint die Übernahme der oben aufgeführten Kriterien wenig sinnvoll. Ob die Merkmale im Einzelnen zutreffend sind, mag daher auf sich beruhen. Trotzdem kann die Exzeßproblematik wertvolle Hinweise bieten, indem bestimmte Einzelentscheidungen zur Lösung der hier aufgeworfenen Fragen mit herangezogen werden.

Man vergegenwärtige sich weiterhin die Unsicherheit im Auffinden eines Ergebnisses, wenn bei der Prüfung des Rücktritts vom unbeeendigten Versuch (§ 46 Nr.1 StGB) zu entscheiden ist, ob der Täter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat. Soweit man der herrschenden Meinung folgt und ein endgül-

1) RGSt 70/289(295); Maurach AT S.585; Mezger LK § 48 Anm.3 c (S.268); Schönke-Schröder § 48 Rdnr.14.

2) OLG Schleswig SchlHA 1951 S.48; Mezger LK § 47 Anm.6 (S.256).

3) Mezger LK § 47 Anm.6 (S.256).

Baumann AT S.562 gibt mit dem Abstellen auf die Kausalität zwischen Anstiftungshandlung und Täterhandlung zumindest zu Mißverständnissen Anlaß. Nach der im Strafrecht herrschenden Bedingungstheorie, der sich auch Baumann anschließt (AT S.203ff.), kann dieses Problem jedenfalls nicht bewältigt werden.

tiges Abstandnehmen von d i e s e r Tat verlangt¹⁾, muß man sich darüber klar werden, ob die bis zum Versuch gediehene Tat und die an ihrer Stelle für einen späteren Zeitpunkt vorgesehene Tat identisch sind. Es kann z.B. zweifelhaft sein, ob derjenige, der von der Ausführung eines Diebstahls absieht, den Tatentschluß nur modifiziert oder unter Neufassung eines anderen endgültig aufgibt, wenn er sich vorbehält, statt des eingestellten Angriffs auf das Radiogeschäft des X demnächst zusammen mit B und C das Pelzgeschäft des Z auszuräumen.

Ähnliche Überlegungen sind im Falle einer etwaigen sog. f o r t g e s e t z t e n H a n d l u n g erforderlich. Die Zusammenfassung mehrerer natürlicher Handlungen zu einer rechtlichen Handlungseinheit setzt neben einem einheitlichen Vorsatz²⁾ des Täters und der Verletzung des gleichen Rechtsgutes die Gleichartigkeit der Verletzungshandlung³⁾ voraus. Zwar geht es dabei nicht eigentlich um die Identität von Taten, aber doch um die gleichliegende Frage, zwischen welchen einzelnen Ausführungshandlungen eine solche enge Verbindung objektiver und subjektiver Art besteht, daß sie nur als unselbständige Teilhandlungen im Rahmen

1) Baumann AT S.501; Jagusch LK § 46 Anm.II 2 (S.230); Kohlrausch-Lange § 46 Anm.VIII; Schönke-Schröder § 46 Rdnr. 19; Schwarz-Dreher § 46 Anm.1A; Welzel, Lehrbuch, S.190; RGSt 72/349(351); BGHSt 7/296(297); BGH NJW 1957 S.190.

A.A.: Maurach AT S.444; Mezger-Blei I S.247; Frank § 46 Anm.II; Heinitz JR 1956 S.248(252), die es ausreichen lassen, wenn der Täter den Verbrechensentschluß nur für die konkrete Gelegenheit aufgibt.

2) Zum Streit, ob Gesamt- oder Fortsetzungsvorsatz zu verlangen ist, vgl. Schönke-Schröder Rdnr. 25ff. vor § 73 n.w.N.

3) Allg. Meinung: Baumann AT S.615f; Maurach AT S.632ff; Schönke-Schröder Rdnr.22 vor § 73.

eines Ganzen erscheinen. Gleich den Bereichen, in denen es auf die Identität bzw. Nichtidentität von Taten ankommt, ist festzustellen, ob einem Vorgang im Verhältnis zu einem anderen Geschehen selbständige oder unselbständige Bedeutung beizumessen ist. Einschlägige Berührungspunkte mit dem hier interessierenden Identitätsproblem sind demgemäß unverkennbar. Feststellungen darüber, wann ein Fortsetzungszusammenhang gegeben ist, insbesondere wann Gleichartigkeit oder Andersartigkeit der Einzelakte vorliegt, sind allerdings keineswegs immer sicher und bedenkenfrei zu treffen. Läßt sich z.B. Fortsetzungszusammenhang bejahen, wenn der Angestellte, der sich vorgenommen hat, sich auf Kosten seines Arbeitgebers und seiner Kollegen bei jeder sich bietenden Gelegenheit Geld zu verschaffen, eine Unterschlagung durch Verminderung des Kasseninhaltes, einen Diebstahl durch Wegnahme der ganzen Kasse mit Restinhalt¹⁾ und einen Diebstahl durch Entleerung der Manteltaschen seiner Mitarbeiter begeht?

Trotz mancher Unsicherheitsmomente ist die fortgesetzte Handlung im besonderen Maße dazu geeignet, als Vergleichsmaßstab für das hier zu klärende Identitätsproblem herangezogen zu werden. Im Gegensatz zu den übrigen aufgeführten Parallelerscheinungen haben sich Rechtsprechung und Schrifttum des öfteren mit der Frage beschäftigt, wann eine unselbständige (Teil-) Handlung vorliegt, namentlich wann die Begehungsweise gleichartig ist. Vor allem die Rechtsprechung hat dieses Problem auf Grund der großen praktischen Bedeutung häufig behandeln, zumindest aber streifen

1) Nach RGSt 58/228(230) soll Fortsetzungszusammenhang zwischen Diebstahl und Unterschlagung von vornherein ausgeschlossen sein, weil der Dieb die fremde Sache nimmt, der Unterschlagungstäter sie behält. Gegen diese formale Unterscheidung mit Recht Baumann AT S.615f.

müssen. Es wird daher im Verlauf der weiteren Untersuchungen immer wieder auf die Gesichtspunkte, die bei der fortgesetzten Tat zu beachten sind, einzugehen sein.

Auf Probleme vergleichbarer Art stößt man des weiteren im Rahmen des **B e t r u g s t a t b e s t a n d s** nach § 263 StGB, wenn zweifelhaft ist, ob der Täter eine vorhandene Fehlvorstellung nur ausgenutzt oder einen neuen Irrtum, etwa durch Hinzufügen weiterer unrichtiger Einzelheiten, erregt hat.¹⁾ Da ein endgültig vorhandener Irrtum schon begrifflich nicht mehr gesteigert werden kann, ist eine Abgrenzung notwendig zwischen einem lediglich bestätigten oder allenfalls unerheblich modifizierten Irrtum und einem neuen Irrtum, dem selbständiges Gewicht neben der bereits bestehenden Fehlvorstellung zufällt.

Ebenso lassen sich die Vorschriften über die **f a l s c h e A n s c h u l d i g u n g** nach § 164 StGB und über die uneidlich **f a l s c h e A u s s a g e** und den **M e i n e i d** nach den §§ 153ff. StGB in diesem Zusammenhang heranziehen. Ob das Hinzufügen, Verschweigen oder Verändern gewisser Umstände des tatsächlichen Geschehens, über das der Täter Auskunft gibt, die Verdächtigung bzw. die Aussage falsch macht²⁾, ist eine Frage, die ähnliche wie die hier zu lösenden Probleme aufwirft.

Der Begriff der "Identität der Tat" ist allerdings kein absoluter. Abgrenzungsmerkmale, die für den einen Fragenkreis gelten, können daher nicht ohne weiteres auf den anderen übertragen werden. Aus der Natur der jeweiligen Sache,

1) Vgl. Schönke-Schröder § 263 Rdnr.36.

2) Vgl. Schönke-Schröder § 164 Rdnr.15 und Rdnr.14 vor § 153ff., jeweils m.w.N.

aus dem Sinn und Zweck der Regelung, aus der Art des geschützten Rechtsgutes usw. ergeben sich Unterschiede, die Abweichungen nötig machen können. Grundsätzlich bleibt in den erwähnten Fragenbereichen der Kern des zu lösenden Problems und damit auch der Weg, der zur Auffindung eines brauchbaren Maßstabes einzuschlagen ist, aber derselbe, so daß Lösungsversuche aus dem einen oder anderen Gebiet mitverwertet werden oder die hier vorzuschlagenden Abgrenzungsmerkmale Ausstrahlungen auf die übrigen Fragenkreise haben können.

Den Weg zur Gewinnung brauchbarer Maßstäbe weist die Erkenntnis, daß die Identität der Tat durch tatsächliche und rechtliche Elemente gekennzeichnet ist. Er führt zunächst zu den durch einen Dritten beeinflussten Taten, die unter denselben Straftatbestand fallen wie die vor Einflußnahme vorgesehene Tat.

Zweiter Teil

Ursprünglich geplante und ausgeführte Tat erfüllen denselben Straftatbestand

A. Allgemeine Bewertungsfaktoren

Als Ausgangspunkt für die Betrachtungen im zweiten Teil möge folgender Fall dienen:

B ist entschlossen, sich mittels einer Scheckfälschung Geld von Y zu verschaffen. Auf Anraten des A erschwindelt es sich jedoch hohe Summen von der X durch die Vorspiegelung von Heiratsabsichten.

Von vornherein dürfte feststehen, daß sich die Frage, ob A sich wegen Anstiftung zum Betrug strafbar gemacht hat, nicht einfach mit dem Hinweis beantworten läßt, B sei vor der Beeinflussung durch A zu einer Tat nach § 263 StGB entschlossen gewesen, tatsächlich habe er nach der Einflußnahme auch keine andere Vorschrift verletzt, folglich könne A keinen anderen, neuen Entschluß zum Betrug hervorgerufen haben. Der Ausgangsfall läßt vielmehr bereits hinreichend erkennen, daß Anstiftung keinesfalls immer dann entfällt, wenn das ausgelöste Verhalten denselben Straftatbestand erfüllt wie die Durchführung des ursprünglichen Tatplanes. Noch deutlicher tritt die Möglichkeit einer Anstiftung bei einer Änderung im Rahmen desselben Straftatbestandes hervor, wenn der ursprünglich geplante

und der ausgeführte Angriff sich gegen höchstpersönliche Rechtsgüter richten. Ist etwa B entschlossen, X umzubringen, und überredet A ihn, statt X den Y zu erschießen, so wird niemand ernsthaft bestreiten, daß A den B zu einer anderen Tat bestimmt hat.¹⁾

Der Erkenntnis, daß Anstiftung in derartigen Fällen grundsätzlich möglich ist, haben sich auch Rechtsprechung und Rechtslehre nicht verschlossen. Der BGH brauchte in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung vom 3.6.1964 zu der Frage, ob das Bewirken von Abweichungen innerhalb desselben Tatbestandes Anstiftung begründen kann, zwar keine Stellung zu nehmen. Er hat aber beiläufig erwähnt, daß es für das Vorliegen von Anstiftung oder Beihilfe nicht entscheidend darauf ankomme, ob sich an der rechtlichen Beurteilung der Tat etwas ändere²⁾. Ebenso weist Schröder³⁾ darauf hin, daß Anstiftung ohne Rücksicht auf die rechtliche Einordnung immer dann anzunehmen sei, wenn die effektiv begangene Tat gegenüber der geplanten etwas anderes darstelle; Anstiftung sei beispielsweise gegeben, wenn ein Zechbetrug in Aussicht genommen^{sei}, auf Veranlassung des Dritten aber ein Kreditbetrug verwirklicht werde.

Bestehen hiernach grundsätzlich keine Zweifel an der Möglichkeit erheblicher Abweichungen in derartigen Fällen und damit an der Möglichkeit einer Anstiftung, so ist jedoch völlig offen, nach welchen Merkmalen zu beurteilen ist, ob Veränderungen erheblich oder unerheblich sind.

1) Näheres hierzu s. unten S. 63ff.

2) BGHSt 19/339(341) = JZ 1965 S.30(31).

3) Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4a.

Bewertungsfaktoren, die eine genaue Unterscheidung gewährleisten, geben weder Rechtsprechung noch Rechtslehre. Wie sich zwischen erheblichen und unerheblichen Abweichungen abgrenzen läßt, wird allenfalls durch Beispiele verdeutlicht. Schröder¹⁾ bringt - wie oben bereits erwähnt - Zechbetrug und Kreditbetrug als Beispiel für nicht mehr gleichstehende Taten. Cramer²⁾ demonstriert unerhebliche Modifizierungen der beschlossenen Tat an einem Fall der Brandstiftung, in dem der Täter Petroleum statt Benzin verwendet.

Die Zurückhaltung von Rechtsprechung und Lehre wird jedoch verständlich, wenn man sich die Schwierigkeiten vor Augen hält, die mit dem Bemühen, abstrakte Unterscheidungsmerkmale aufzustellen, verknüpft sind. Die Frage, welche Abweichungen wesentlich, welche unwesentlich sind, scheint sich jedem Versuch der Einordnung zu entziehen. Problematisch sind klare Bewertungsgrundlagen insbesondere deshalb, weil ein Straftatbestand auf überaus vielfältige, kaum überschaubare Art und Weise verwirklicht werden kann. Man denke nur an die verschiedenen Möglichkeiten, wie sich Tatzeit und Tatort, Tatmittel, Tatopfer oder andere Verbrechensgegenstände variieren lassen. Auf einen Maßstab, der einerseits sämtlichen Fallgruppen gerecht wird, andererseits sich nicht in unverbindlicher Abstraktion verliert, wird daher kaum zurückgegriffen werden können.

Man wird sich vielmehr damit begnügen müssen, allgemein die Richtung aufzuweisen, in der wesentliche und unwesentliche Verhaltensabweichungen zu suchen sind, während ins Einzelne gehende Beurteilungsgrundlagen nur hinsichtlich bestimmter Fallgruppen erreichbar sind.

1) Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4a.

2) JZ 1965 S.31.

1. Unrechtsgrad und Unrechtsrichtung

Versucht man, Anhaltspunkte zu finden, nach denen sich ganz allgemein wesentliche und unwesentliche Abweichungen voneinander trennen lassen, wird man zunächst auf das Unrecht der zu vergleichenden Taten stoßen. Unrecht wird mit jeder Tat gesetzt, die der Rechtsordnung widerspricht. Allerdings ist nicht jede Tat in gleichem Maße unrechtmäßig. Das Unrecht kann nach Grad¹⁾ und Richtung stark differieren. Die Unterschiede im Unrechtsgehalt werden besonders deutlich, wenn man die einzelnen Deliktstatbestände einer näheren Betrachtung unterzieht. Die Tötung eines Menschen nach den §§ 211ff StGB wiegt ganz offensichtlich schwerer als eine Körperverletzung nach § 223 StGB. Auf der anderen Seite weisen z.B. Urkundenfälschung (§ 267 StGB) und Hausfriedensbruch (§ 123 StGB) - was den Unrechtsgehalt anbelangt - in völlig verschiedene Richtungen.

Unterschiede dieser Art treten aber nicht nur bei einem Vergleich der Straftatbestände hervor. Auch innerhalb ein- und desselben Straftatbestandes lassen sich unterschiedliche Grade bzw. Richtungen des Unrechts erkennen. Mit dem Diebstahl von Goldbarren im Werte von mehreren Millionen Mark ist beispielsweise erheblich größeres Unrecht gesetzt als durch die Wegnahme eines Pfennigbetrages. Das mit einer Zechprellerei begangene Unrecht läßt sich schwerlich mit dem Unrecht eines Heiratsschwindels auf eine Linie bringen. Ebensowenig läßt sich die Tötung einer Person mit der Tötung einer anderen Person gleichsetzen.

1) Vgl. dazu Kern ZStW Bd.64 S.255.

Fallen aber zwei Taten in ihrem Unrechtsgehalt (Unrechtsgrad, Unrechtsrichtung) wesentlich auseinander, so können sie sich unmöglich gleichstehen. Sie sind etwas Verschiedenes, etwas Anderes. Weicht also das verursachte Unrecht von dem ursprünglich geplanten erheblich ab, so fehlt es an der Identität zwischen dem anfangs Gewollten und dem tatsächlich Ausgeführten. Dementsprechend ist Anstiftung anzunehmen, wenn ein Dritter den Tatentschlossenen dazu bestimmt, den Tatplan so zu ändern, daß sich das nunmehr begangene Unrecht erheblich von dem zuvor ins Auge gefaßten unterscheidet. Umgekehrt wird eine nur geringfügige Steigerung oder eine nicht ins Gewicht fallende Richtungsänderung des vorgesehenen Unrechts allenfalls zur Bestrafung wegen Beihilfe führen.

Unrechtsgrad und Unrechtsrichtung stellen indes nur erste Anhaltspunkte dar. Zu beantworten bleibt die Frage, wann das Unrecht so erheblich erhöht oder die Unrechtsrichtung so wesentlich geändert ist, daß eine neue selbständige Tat vorliegt. Ob sich klare Abgrenzungskriterien dafür finden lassen, muß angesichts der Vielfalt der in Betracht kommenden Unrechtsabweichungen bezweifelt werden. Ein fester Beurteilungsmaßstab läßt sich allenfalls hinsichtlich einzelner Unrechtsverschiebungen aufzeigen. Bevor aber typische Fallgruppen herausgegriffen werden, sei zuvor weiteren Gesichtspunkten nachgegangen, die möglicherweise für sämtliche Veränderungen im Unrechtsgehalt aussagekräftig sind.

2. Der Strafgrund der Anstiftung

Von großer Bedeutung für die Abgrenzung ist der Blickwinkel, von dem aus das Tatgeschehen in wesentliche und unwesentliche Unrechtselemente zerlegt werden soll. Der Ausgangspunkt für die Feststellung, ob Taten einander gleichzustellen sind, ist - wie bereits hervorgehoben¹⁾ - verschieden, je nachdem ob es sich um die Gleichartigkeit der Einzelakte im Rahmen der fortgesetzten Handlung, um die Frage, wann ein Hinzufügen oder Verändern von Umständen an sich zutreffende Tatsachen falsch i.S. des § 164 StGB werden lassen, oder um die Identität von Taten unter dem Gesichtspunkt der Anstiftung handelt. Die Beurteilung, ob Einzelakte im Bereich der Fortsetzungstat gleichartig sind, wird z.B. von dem kriminalpolitischen Bedürfnis nach einheitlicher Erledigung zusammengehöriger Einzelfälle mitbestimmt²⁾, während sich Hinzufügungen oder Veränderungen von Tatsachen im Rahmen des § 164 StGB nur vom Sinngehalt dieser Vorschrift her als "falsch" bewerten lassen. Soll der Übereinstimmung von Taten unter dem Blickwinkel des § 48 StGB nachgegangen werden, liegt es daher nahe, dem Strafgrund der Anstiftung richtungsweisende Bedeutung beizumessen.

Indessen ist mit dem Eingehen auf den Strafgrund der Anstiftung für die Frage, wann erhebliche Änderungen im Unrechtsgehalt der geplanten Tat hervorgerufen sind, d.h.

1) s. oben S.34f.

2) So ausdrücklich v. Hippel II S.540f.; sinngemäß auch Maurach AT S.627 f.; Schönke-Schröder Rdnr.16 vor § 73; Schwarz-Dreher Anm.3 vor § 73; RGSt 70/243(244); OGHSt 1/344(346).

wann Anstiftung vorliegt, noch nicht viel gewonnen. Nach herrschender Ansicht liegt das Wesen der Anstiftung in der Mitverursachung der Rechtsgüterverletzung durch Hervorrufen des Tatentschlusses¹⁾. Daraus, daß der Anstifter ursächlich für die Tatbestandsverwirklichung sein muß, ergibt sich aber noch kein richtungsweisender Faktor. Die kausale Verknüpfung mit der Rechtsgutsverletzung ist nämlich eines der größten und weitmaschigsten Auswahlprinzipien unseres Strafrechts überhaupt. Richtlinien, die bei der Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen zu beachten sind, lassen sich aus Kausalitätserwägungen nicht herleiten.

Selbst wenn man das Wesen der Anstiftung darin sieht, daß der Anstifter den Täter zu strafbarem Tun verleitet hat und deshalb für dessen Auflehnung gegen die Rechtsordnung mitverantwortlich ist²⁾, kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Das Korruptionsmoment gibt ebensowenig wie das Verursachungsmoment einen tauglichen Abgrenzungsmaßstab her. Aus ihm läßt sich nicht etwa der Schluß ziehen, wesentliche und unwesentliche Veränderungen des Tatentschlusses unterschieden sich danach, wie stark der Dritte den Täter zusätzlich zur bereits bestehenden Charakterverderbnis korrumpiert habe. Wie wenig brauchbar der Korruptionsgedanke als Bewertungsmaßstab ist, beweist z.B. die Gegenüberstellung von Zechprellerei und Darlehensschwindel im Rahmen des § 263 StGB. Auch Vertreter der Schuldteilnahmetheorie dürften kaum der Ansicht sein, der bereits zum Betrug durch Zechprellerei Entschlossene könne - da kein

1) H.M. RGSt 15/315(316); BGHSt 4/355(358); historisch: Lange, Die notwendige Teilnahme, S.36ff.; zum heutigen Stand vgl. Maurach AT S.577 m.w.N.

2) So die sog. Schuldteilnahmetheorie. Vertreter: Hellmuth Mayer S.319; ders.in: Rittler-Festschrift S.254ff.; ähnlich Less ZStW Bd.69 S.43ff.;

höherer Grad an Verderbnis erreicht werde - nicht mehr zu einem Betrug durch Verübung eines Darlehensschwindels angestiftet werden. Die sog. Schuldteilnahmetheorie ist ebenso wie die herrschende Verursachungstheorie auf eine bestimmte Tat bezogen. "Die Korruption kann im konkreten Fall immer nur in der Bestärkung des Täters im Willen zu konkreter rechtswidriger Tat liegen."¹⁾ Welche Abweichungen aus der konkreten rechtswidrigen Tat aber eine andere machen, läßt sich nach der Schuldteilnahmetheorie demnach genau so wenig entscheiden wie nach der herrschenden Verursachungstheorie.

Nicht viel weiter führt das zweite Erfordernis der Anstiftung, das Hervorrufen des T a t e n t s c h l u s s e s . Da von einem Tatentschluß nur gesprochen werden kann, wenn sich die Vorstellung des Täters auf die zu einer gesetzlichen Strafvorschrift gehörenden Merkmale bezieht,²⁾ ist der Tatentschluß nur im Hinblick auf die einzelnen Deliktsvorschriften strafrechtlich relevant. Die Frage, ob eine wesentliche Abweichung vom Tatentschluß gegeben ist, läuft also wieder auf eine Betrachtung von geplanter und ausgeführter Handlung im Rahmen der einzelnen Straftatbestände hinaus: Eine eingehende Analyse des Strafgrundes der Anstiftung trägt daher zur Lösung der anstehenden Probleme nichts bei.

1) Hellmuth Mayer, Rittler-Festschrift, S.256.

2) Zur Frage, ob der Tatentschluß auch den Tatvorsatz voraussetzt, vgl. S.8ff.(14).

3. Der jeweilige Straftatbestand

Da der Tatentschluß nur im Hinblick auf Straftatbestände strafrechtlich relevant ist, ließe sich daran denken, bei den jeweiligen Straftatbeständen anzusetzen und zu versuchen, an Hand der tatbestandlichen Fixierung Kriterien zu gewinnen, nach denen sich zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen abgrenzen läßt. Einen in diese Richtung gehenden Versuch hat OLG Düsseldorf¹⁾ bei der Abgrenzung zwischen gleichartigen und ungleichartigen Einzelakten im Bereich der fortgesetzten Handlung unternommen. In Anbetracht der Parallelen, die bei der Beurteilung der Gleichartigkeit mehrerer Einzelakte und der Änderung des Tatentschlusses bestehen, liegt es nahe, den Erwägungen des OLG Düsseldorf nachzugehen und sie auf ihre Brauchbarkeit für eine entsprechende Heranziehung zu überprüfen.

Das OLG Düsseldorf hat gleichartige und ungleichartige Einzelakte danach unterschieden, ob die fraglichen Umstände "innerhalb" oder "außerhalb" des Tatbestandes liegen. Soweit die veränderten Modalitäten der Handlung im Gesetzestext selbst aufgeführt sind, d.h. nach Auffassung des OLG Düsseldorf "innerhalb" des Tatbestandes liegen, soll dies für die Erheblichkeit der Abweichung sprechen, soweit sie dagegen im Wortlaut der Vorschrift nicht erwähnt werden, also "außerhalb" liegen, für ihre Unwesentlichkeit.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Der Angeklagte hatte sich den Beischlaf mit seiner Stieftochter erschlichen, indem er einen Briefwechsel mit einem angeblichen Armenier fingierte und schließlich im Dunkeln unter der Vortäuschung, dieser Armenier zu sein, mit ihr insgesamt etwa zehnmal den Geschlechtsverkehr ausübte. Außerdem hatten beide einmal im Bewußtsein ihrer familiären

1) Urteil v. 19.10.1950, JMB1 · NRW 1951 S.18f.

Beziehungen, also ohne daß der Angeklagte den Beischlaf erschlichen hätte, miteinander verkehrt. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob sämtliche Einzelakte einschließlich des Falles, in dem der Angeklagte den Beischlaf nicht erschlichen hatte, eine fortgesetzte Blutschande nach § 173 Abs.1 StGB bildeten.

Das OLG Düsseldorf nahm Gleichartigkeit der Begehungsweise hinsichtlich sämtlicher Einzelakte und damit Fortsetzungszusammenhang an, weil die Täuschungshandlung nicht - wie etwa in § 263 StGB - zum gesetzlichen Tatbestand der Blutschande nach § 173 Abs.1 StGB gehöre. Der Unterschied, daß einmal mit, einmal ohne Täuschung der Beischlaf vollzogen sei, falle daher nicht ins Gewicht. In den Fällen, in denen der Angeklagte als Armenier auftrat, seien lediglich besondere a u ß e r h a l b der Tatbestandsmerkmale liegende Umstände, nämlich die Täuschungshandlung, hinzugekommen. Der Fall liege also anders als beim Betrüge, wenn es sich in dem einen Fall um einen Darlehensschwindel, in dem anderen um eine Zechprellerei und im dritten um die Erlangung von Fahrrädern durch die Vorspiegelung, sie für den Eigentümer verkaufen zu können (RG DJ 39/307), handele. Denn die jedesmal verschiedenartigen Täuschungshandlungen gehörten beim Betrüge zum gesetzlichen Tatbestand selbst. Dieser Tatbestand sei in dem vom RG entschiedenen Betrugsfälle jeweils durch verschiedenartige Handlungen erfüllt worden. Anders im vorliegenden Fall, wo es sich um n i c h t z u m T a t b e s t a n d e g e h ö r i g e Begleitumstände gehandelt habe.

Zwar ist das OLG Düsseldorf zu einem sachgerechten Ergebnis gelangt. Allgemeine Bedeutung muß den von ihm herausgestellten Abgrenzungskriterien jedoch abgesprochen werden. Zunächst ist schon zweifelhaft, ob sich eine Unterscheidung zwischen solchen Handlungsmodalitäten, die "innerhalb",

und denjenigen, die "außerhalb" des Tatbestandes liegen, überhaupt durchführen läßt. Wenn auch die Blutschande im Gegensatz zum Betrug keine Täuschung voraussetzt, so ist trotzdem nicht einzusehen, warum Täuschungsmanöver, die der Verwirklichung des § 173 StGB dienen, nicht mehr innerhalb des Tatbestandes liegen sollen. Sämtliche Bedingungen, die den tatbestandlichen Erfolg herbeiführen, sind für die Strafbarkeit entscheidend, liegen also innerhalb des Tatbestandes. So verstanden, ist eine Unterscheidung zwischen Handlungsmodalitäten, die innerhalb und solchen, die außerhalb des Tatbestandes liegen, gar nicht möglich. Entweder lassen sie sich unter die Strafvorschrift subsumieren, dann liegen sie innerhalb des Tatbestandes, oder ihr Fehlen schließt die Strafbarkeit aus (z.B. ohne Täuschungshandlung kein Betrug nach § 263 StGB), dann liegen sie außerhalb, können also weder wesentliche noch unwesentliche Umstände eines strafbaren Vorganges darstellen.

Offenbar meint das OLG Düsseldorf aber etwas anderes. Dem Beischlaf in § 173 StGB entspricht nach seiner Ansicht die Schädigung in § 263 StGB. Die Art und Weise, wie der Beischlaf erreicht wird, ist für das Ob der Strafbarkeit unerheblich, jeder Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie ist strafbar. Demgegenüber stellt § 263 StGB nur die durch Täuschung hervorgerufene Vermögensbeschädigung unter Strafe. Der Gesetzgeber kann die Herbeiführung eines Erfolges schlechthin mit Strafe bedrohen, wie z.B. die Körperverletzung eines anderen in § 223 StGB. Wie der Täter diesen Erfolg herbeiführt, ist für das Ob der Strafbarkeit ohne Belang. Demgegenüber stellen andere Strafvorschriften nur den Erfolg unter Strafe, der auf bestimmte Art und Weise herbeigeführt wird. § 240 StGB erklärt z.B. nicht jede Nötigung schlechthin, sondern nur diejenige für strafbar, die rechtswidrig mittels Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel begangen wird. An Unterschiede dieser Art knüpft das OLG Düsseldorf

seine Schlußfolgerungen. Soweit Umstände des tatsächlichen Geschehens in Frage stehen, die im Gesetzestext besonders herausgehoben werden (z.B. § 301 StGB: Benachteiligung Minderjähriger durch Ausnutzung des Leichtsinns und der Unerfahrenheit, § 243 Ziff. 2 StGB: Diebstahl mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechen von Behältnissen) sollen diese innerhalb des Tatbestandes liegen. Sonstige Modalitäten, auf die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich abhebt, sollen dementsprechend außerhalb des Tatbestandes liegen.

Aber auch so verstanden kann der Unterscheidung nicht gefolgt werden. Wenn es der Gesetzgeber bei der Schaffung von Gesetzen für nötig hält, die mißbilligte Rechtsverletzung durch nähere Kennzeichnung der Verhaltensweise festzulegen, so kann dieses Vorgehen auf sprachlichen Gründen beruhen.¹⁾ Häufig läßt sich das strafbare Verhalten nicht durch einen einzigen Begriff kennzeichnen, sei es, daß er zu eng wäre und Strafwürdiges unerfaßt ließe, sei es, daß er zu weit wäre und nicht strafwürdige Fälle einschlosse. Ausdrücke wie "Schädigen" oder "Nötigen" erstrecken sich beispielsweise auf sozial billigenwerte Verhaltensweisen. Eine Einschränkung durch Zusätze wie mittels Täuschung bzw. Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel sind deshalb vom Wortsinn her geboten. Anders verhält es sich mit dem Ausdruck "töten", der auf Grund seiner engen Bedeutung keiner Einschränkung bedarf. Man baut also auf Zufälligkeiten auf, wenn man - wie das OLG Düsseldorf - Momente des Tatgeschehens in außerhalb und innerhalb des Tatbestands liegende aufteilt, um weitere Folgerungen daran anzuknüpfen.

Wie wenig sich die vom OLG Düsseldorf herausgestellten Kriterien als Beurteilungsmaßstab für die Frage eignen, ob jemand einen Tatentschlossenen zu einer wesentlichen

1) Vgl. dazu M.E. Meyer, S.124.

Änderung seines Tatplanes und damit zu einer Straftat angestiftet oder ihm lediglich zu einer unwesentlichen Abweichung vom Tatplan veranlaßt hat, erweist sich, wenn man sich die praktischen Auswirkungen vor Augen hält. Wer einem anderen, der ein Nahrungsmittel i.S. des § 370 Nr.5 StGB entwenden will, dazu überredet, statt dessen ein Genußmittel wegzunehmen, müßte, da es sich um eine innerhalb des Tatbestandes liegende Änderung handelt, zum Mundraub angestiftet haben. Mit entsprechender Begründung wäre Anstiftung zum schweren Diebstahl anzunehmen, wenn der Dritte jemanden, der mittels eines Einbruchs stehlen will, dazu bewegt, sich die Sache mittels Einsteigens zu holen. In beiden Fällen liegt es jedoch auf der Hand, daß die Tatmodalitäten nur unwesentlich voneinander abweichen und eine Anstiftung daher entfällt.

Das Ergebnis, das sich hiernach aufdrängt, kann somit nur negativer Art sein. Die tatbestandlichen Fassungen im Gesetz vermögen als solche nichts darüber auszusagen, ob eine Änderung des Tatentschlusses wesentlich ist und zu einem aliud gegenüber dem zuvor Geplanten führt.

4. Die natürliche Betrachtungsweise

Die vorangegangenen Untersuchungen dürften zur Genüge erkennen lassen, daß sich für die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Verhaltensabweichungen keine gemeinsamen Abgrenzungskriterien finden lassen, nach denen jeder Einzelfall ohne weiteres beurteilbar ist. Daß genauere Bewertungsfaktoren nicht zu erreichen sind, ist aber keine Einzelercheinung. Die Grenze für eine begriffliche Aufgliederung ist vielmehr in manchen rechtlichen Bereichen schnell erreicht. Ein anschauliches Beispiel dafür bieten die bereits des öfteren herangezogenen Institute der fortgesetzten Handlung und der natürlichen Handlungseinheit. Auf eindeutige Beurteilungskriterien kann z.B. nicht zurückgegriffen werden, wenn im Hinblick auf eine fortgesetzte Tat zu entscheiden ist, ob Einzelakte gleichartig sind. Ebenso wenig läßt sich allein an Hand abstrakter Merkmale beurteilen, wann mehrere Unrechtshandlungen selbständige Handlungen i.S. des § 74 StGB darstellen und wann sie eine sog. natürliche Handlungseinheit bilden. Die h.M.¹⁾ zieht deshalb die "natürliche Betrachtungsweise" oder "verständige Lebensauffassung" heran, sobald Fortsetzungszusammenhang oder natürliche Handlungseinheit im Einzelfall festgestellt werden sollen.

Gemeint ist mit diesen Begriffen offenbar eine unvoreingenommene nicht-juristische Betrachtungsweise. Es soll nicht auf ein spezifisch rechtliches Kriterium ankommen, sondern auf eine in der sozialen Welt bereits vorhandene Vorstellung. Juristischen Begriffen ist regelmäßig eine Verschmelzung von sozialen Sinnbezügen und rechtlichen Wertungen

1) So hinsichtlich der fortgesetzten Handlung: v.Hippel II S.541; Schönke-Schröder Rdnr.16,19,22 und 24 vor § 73. In Bezug auf die natürliche Handlungseinheit: RGSt 32/294 (295); 58/113(116); 70/113(116); 26(27); BGHSt 10/230(231); Schwarz-Dreher Anm.1 vor § 73; Welzel, S.218.

eigen. "Das Recht will angewandt werden auf die mit sozialen Kategorien erfaßte Welt und Wirklichkeit, es orientiert sich an einer solchen in Kategorien gedachten Welt."¹⁾ Begriffen, die überwiegend juristisch-normativ geprägt sind, wie "Sache", "Ehe" usw. stehen andere gegenüber, deren Sinngehalt ausschließlich auf der täglichen Erfahrung beruht. Wenn in § 170 d StGB von der "Gefährdung des Wohles" eines Kindes und in § 242 StGB vom "Wegnehmen" einer Sache gesprochen wird, so enthalten diese ihr Verständnis erst aus der juristisch noch nicht vorgeformten Welt.²⁾ Selbst Rechtsbegriffe wie Notwehr, die, der Alltagssprache entlehnt, eine festgefügte juristische Kategorie darstellen, lassen sich durch sog. Subdefinitionen³⁾ so weit auflösen, daß sie nur unter Berücksichtigung der jeweiligen sozialen Situation zu begreifen sind.⁴⁾ Oder wie anders ließe sich z.B. die Frage beantworten, wann ein zur Notwehr nach § 53 StGB berechtigender Angriff unmittelbar bevorsteht? Die natürliche Betrachtungsweise ist daher ein unentbehrliches Hilfsmittel, den sozialen Sinngehalt juristischer Termini, die sich begrifflich nicht weiter aufgliedern lassen, zu konkretisieren und damit praktikabel zu machen.

1) Engisch, Vom Weltbild des Juristen, S.19.

2) Vgl. Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, S.66.

3) Legaldefinition der Notwehr in § 53 StGB:
Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden. Subdefinition: Angriff ist jede von Menschen drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen. Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar bevorsteht oder noch fort dauert. Rechtswidrig ist jeder Angriff, den der Angegriffene nicht zu dulden braucht. Definitionen nach Schönke-Schröder § 53 Rdnr.5,10 und 12.

4) Vgl. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, S.10f.

Des Rückgriffes auf die natürliche Betrachtungsweise bedarf es auch, wenn zu klären ist, ob die von einem Dritten hervorgerufene Abweichung vom Tatplan wesentlicher oder unwesentlicher Art ist. Ob sich das begangene Unrecht in seiner Schwere oder in seiner Richtung so erheblich von dem geplanten unterscheidet, daß es sich als etwas Neues, Selbständiges darstellt, läßt sich ebenso wie die Selbständigkeit bzw. Unselbständigkeit der Einzelakte bei der Frage des Fortsetzungszusammenhangs nur unter Berücksichtigung der natürlichen Betrachtungsweise beantworten.

Mit der Heranziehung der natürlichen Betrachtungsweise wäre für den Bereich der Anstiftung freilich wenig gewonnen, wenn sie auf nichts anderes als das Rechtsgefühl oder das Ermessen des Urteilenden hinausliefe. Zwar wird in Grenzfällen der persönlichen Auffassung ein großer Spielraum bleiben, jedoch öffnet die natürliche Betrachtungsweise der Willkür des Bewertenden keinesfalls Tor und Tür. Die verständige Lebensauffassung ist immer dort am Platze, wo auf den Einzelfall abgestellt werden muß. Natürliche Betrachtungsweise und allgemeine Grundsätze, rechtliche Bewertungsfaktoren, allgemeine Kulturanschauungen u.a. durchdringen einander vielmehr insofern, als einerseits die natürliche Betrachtungsweise durch bestimmte Richtlinien eingeschränkt bzw. inhaltlich ausgestaltet wird, sie andererseits aber selbst korrigierend auf jene Faktoren einwirkt.

B. Abgrenzung und Präzisierung der entscheidenden
Abgrenzungskriterien an Hand einzelner Fallgruppen

Die bisherigen Betrachtungen haben nur grobe Anhaltspunkte für die Lösung des anstehenden Problems erbracht. Die Möglichkeiten, das tatsächliche Deliktsgeschehen zu verändern, sind so mannigfaltig und in ihrem Gewicht so verschieden, daß sich allgemeingültige Merkmale, die eine scharfe Trennlinie zwischen wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen offenlegen, nicht aufzeigen lassen. Ohne auf Einzelfragen einzugehen, läßt sich nur feststellen, daß Schwere und Richtung des Unrechts wichtige Orientierungshilfen geben, deren Konkretisierung an Hand der natürlichen Betrachtungsweise zu erfolgen hat.

Diese Feststellung ist indes nicht als abschließendes Ergebnis zu verstehen. Es gilt vielmehr noch, den herausgestellten Beurteilungsmaßstab an Hand einzelner typischer Abweichungen näher zu beleuchten und auf diese Weise zu versuchen, ihm konkrete Gestalt zu verleihen.

1. Veränderung des Zeitpunktes und des Ortes der Handlung

Abweichungen vom ursprünglichen Plan können sich daraus ergeben, daß die Tat zu einem anderen Zeitpunkt oder an einem anderen Ort als zunächst vorgesehen begangen worden ist. Soweit die Abweichungen geringfügig sind und zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen, wird man das geplante Vorhaben und die tatsächliche Rechtsverletzung ohne Bedenken einander gleichstellen können. Wohl niemand dürfte auf den Gedanken verfallen, Anstiftung anzunehmen, weil jemand einen Tatentschlossenen überredet hat, den vorgesehenen Raubüberfall um eine halbe Stunde zu verschieben oder an der nächsten Straßenecke vorzunehmen. Fraglich ist die Übereinstimmung von geplanter und begangener Tat indes, wenn die Unterschiede groß sind.

Die Frage, ob räumliche und zeitliche Abweichungen von Gewicht sein können, wird in anderem Zusammenhang in der Tat verschieden beurteilt, je nachdem, ob die Unterschiede unbedeutend oder beträchtlich sind. So will man einen Fortsetzungszusammenhang zwischen mehreren Handlungen nur anerkennen, wenn zwischen ihnen eine gewisse zeitliche und räumliche Verbindung besteht. Große zeitliche und örtliche Zwischenräume sollen dagegen nach natürlicher Auffassung den Fortsetzungszusammenhang ausschließen.¹⁾ Genaue Beurteilungsfaktoren, nach denen sich die Grenze zwischen

1) Baumann AT S.616; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, S.307; Maurach AT S.633; Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.410; Schönke-Schröder Rdnr.22 vor § 73; RGSt 51/228(233); RG JW 1928 S.2269 Nr.67; JW 1933 S.2336f. Nr.10.

unbedeutenden und beträchtlichen Abweichungen bestimmt, hat man allerdings nicht aufgestellt. Maßstab soll vielmehr die natürliche Betrachtungsweise unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalles sein. Dementsprechend lassen sich Anhaltspunkte, die für die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit zeitlicher und örtlicher Abstände sprechen, allenfalls aus Entscheidungen der Rechtsprechung und Beispielen der Literatur entnehmen. So hat das RG im Falle einer Hehlerei Fortsetzungszusammenhang für möglich gehalten, obwohl die einzelnen Hehlereihandlungen sechs Jahre auseinanderlagen.¹⁾ Abgelehnt wird ein Fortsetzungszusammenhang dagegen - so in einem Beispiel bei Baumann²⁾ -, wenn der Täter aus einheitlichem Entschluß heute und in zehn Jahren Zechprellerei begeht.

Weiterhin tritt die Frage, wie sich zeitliche und örtliche Abweichungen auswirken, im Bereich der Exzeßproblematik auf. Stellungnahmen zu ihr sind freilich wenig ergiebig. Aus ihnen geht nicht klar hervor, ob und wann zeitliche und örtliche Unterschiede gegenüber den Vorstellungen des Teilnehmers ins Gewicht fallen. Zum Teil läßt man³⁾ die Haftung des Teilnehmers bei zeitlicher und örtlicher Andersartigkeit entfallen, wobei offen bleibt, wann ein solches aliud vorliegt. Demgegenüber erwecken andere Äußerungen den Eindruck, als ob zeitliche und örtliche Verschiedenheiten schlechthin für unwesentlich zu erachten sind. Nach Maurach⁴⁾ z.B. sollen Abweichungen, die nur Ort und Zeit

1) RG JW 1929 S.2269 Nr.67. Das RG verlangt in Fällen dieser Art allerdings eine eingehende Untersuchung, ob die weit auseinanderliegenden Einzelakte vom Gesamtvorsatz umfaßt sind.

2) AT S. 616.

3) So Baumann AT S.562.

4) AT S.585.

der sonst gleichbleibenden Handlung betreffen, die Haftung des Anstifters unberührt lassen. Allerdings beruft er sich zur Stützung seiner Ansicht auf RGSt 70/295, eine Entscheidung, in der das RG nur beiläufig darauf hinweist, daß zeitliche und örtliche Verschiebungen unwesentlich sein können. Die Berufung auf das RG läßt es mithin als fraglich erscheinen, ob Maurach zeitliche und örtliche Unterschiede stets für bedeutungslos hält.¹⁾ Zwei Absätze²⁾ weiter will er denn auch in dem Fall, in dem sich der Täter, anstatt C zu bestehlen, am Eigentum des in einem anderen Stadtviertel wohnenden D vergreift, der Änderung des Tatortes wesentliche Bedeutung zumessen.

Von den zuletzt erwähnten Unstimmigkeiten abgesehen, herrscht also in anderen Bereichen, dem der Exzeßproblematik und dem der fortgesetzten Tat, die Ansicht vor, daß beträchtliche zeitliche und örtliche Abweichungen für die strafrechtliche Beurteilung von Erheblichkeit sind. Es liegt daher nahe, Änderungen der Tatzeit und des Tatortes - soweit sie beträchtlich sind - ebenfalls im Rahmen der Anstiftung eines Tatentschlossenen für beachtlich zu erklären.

Bevor jedoch diese Möglichkeit im einzelnen erörtert wird, sei vorausgeschickt, daß die Problematik vielschichtiger ist, als ein Blick auf die bei der Fortsetzungstat und dem Exzeß behandelten Fragen erkennen läßt. Soweit in diesen Bereichen Beispiele angeführt werden, berühren sie ausschließlich die Frage, ob die Zeitspanne oder die Entfernung zwischen beiden Taten bzw. Teilakten so groß ist, daß eine Übereinstimmung nicht mehr gegeben ist. Es sind aber auch andere Fälle bedeutsamer zeitlicher und örtlicher Veränderungen denkbar. Mit dem Zeitpunkt der Tat können

1) Ebenso unklar Schwarz-Dreher § 48 Anm.2A.

2) AT S.586 oben.

unrechtsmodifizierende Tatumstände verknüpft sein, der Tatort mag Eigenschaften aufweisen, die der Tat einen besonderen Unrechtsgehalt verleihen.

Abweichungen dieser Art hat auch der Gesetzgeber berücksichtigt. Er bewertet z.B. den Raub auf einem öffentlichen Weg (§ 250 I Nr.3 StGB) allein wegen der Besonderheit des Tatortes schwerer als die auf einem Privatgrundstück begangene Tat, die nur unter § 249 StGB fällt. Die Wilderei wird nach § 292 Abs.2 StGB schwerer bestraft, wenn sie zur Nacht z e i t oder während der Schon z e i t begangen worden ist. Zeitliche und örtliche Veränderungen der beschriebenen Art sind daher - unter der Voraussetzung, daß sie sich innerhalb desselben Tatbestandes bewegen¹⁾ - ebenso in die Untersuchung einzubeziehen wie beträchtliche Zeitspannen oder erhebliche Entfernungen zwischen geplanter und ausgeführter Tat.

Bei zeitlichen Abweichungen sind demnach die Fälle zu beurteilen, in denen die Tat sehr viel später bzw. früher als geplant zur Durchführung kommt, und diejenigen, in denen der neue Zeitpunkt eine Veränderung des Unrechtsgehalts mit sich bringt. Fälle der ersten Art werden sich freilich höchst selten ereignen. In der Regel werden sich die von einem Dritten angeregten zeitlichen Verschiebungen in einem Rahmen halten, der keinerlei Anlaß bietet, an der Identität zwischen geplanter und ausgeführter Tat zu zweifeln. Nur ausnahmsweise lassen sich, will man nicht rein theoretische und lebensfremde Beispiele bilden, Fälle vorstellen, in denen der Zeitunterschied als beträchtlich

1) Hat die zeitliche oder örtliche Veränderung zur Folge, daß ein anderer Tatbestand erfüllt ist, so sind andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Vgl. dazu die Ausführungen im dritten Teil.

anzusehen ist. Zu denken ist etwa an folgende Sachverhalte:

- (1) Frau A will ihren Ehemann töten. Ein Bekannter rät ihr, noch einige Jahre geduldig auszuhalten, weil sie erst dann mit der Pension rechnen könne. Frau A befolgt diesen Rat und vergiftet ihren Ehemann etliche Jahre später als anfangs geplant.
- (2) A hat seinem Freund F anvertraut, er sei fest entschlossen, seine Ehefrau umzubringen, sobald die Kinder endgültig aus dem Hause seien. In sechs bis sieben Jahren sei damit zu rechnen. F überredet ihn, sofort zur Tat zu schreiten.

Hält man sich beide Sachverhalte vor Augen, so drängt sich sogleich die Erkenntnis auf, daß Zeitverschiebungen beträchtlicher Art keineswegs immer zu wesentlichen Abweichungen führen. Im ersten Beispiel wird man, jedenfalls bei unbefangener Betrachtung, keine Bedenken hegen, Anstiftung zu verneinen. Der Dritte hat die tatentschlossene Ehefrau zu keiner anderen Tat veranlaßt, die sich gegenüber dem Geplanten als etwas Selbständiges darstellt. Beschlossenes und später durchgeführtes Vorhaben stehen sich im Unwertgehalt gleich. Allein die erhebliche Zeitdifferenz vermag das Ausgeführte vom Geplanten nicht zu lösen. Die natürliche Lebensauffassung, die namentlich bei der fortgesetzten Handlung als Maßstab für die Gleichartigkeit der einzelnen Teilakte herangezogen wird, führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Sie spricht eher für als gegen die Tatidentität.

Etwas anders sieht es hingegen im zweiten Beispiel aus. Die begangene Tat weist zwar auch hier keinen veränderten Unrechtsgehalt gegenüber der geplanten auf, der Dritte hat aber immerhin bewirkt, daß die Ehefrau um etliche Jahre früher sterben mußte. Da gänzlich ungewiß ist, was alles den Tatentschluß bis zum anfangs ins Auge gefaßten Zeit-

punkt der Tat hätte beeinflussen können, und somit die Tatausführung völlig in der Schwebe gewesen wäre, entspricht die sofortige Tötung der Ehefrau nach natürlicher Lebensauffassung nicht der ursprünglich geplanten Tat. Sie ist vielmehr als neues, selbständiges Geschehen zu bewerten, für das der Freund F als Anstifter verantwortlich ist.

Die Tatverschiebung, die ein Dritter hervorruft, kann demnach als solche grundsätzlich keine Haftung wegen Anstiftung auslösen. Eine Ausnahme kommt lediglich in Betracht, wenn die Tatzeit um eine beträchtliche Spanne vorverlegt wird. Wie groß diese Zeitspanne sein darf muß, läßt sich abstrakt nicht bestimmen. Maßgebend kann allein die an den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ausgerichtete natürliche Betrachtungsweise sein.

Ähnlich verhält es sich bei Veränderungen der Tatzeit, mit denen eine Unrechtsmodifizierung verbunden ist. Auch hier gilt zunächst der Grundsatz, daß Abweichungen regelmäßig unerheblich sind. Ob das Delikt am Sonntag oder an einem Wochentag, während der Vorlesungsmonate oder in den Semesterferien, zur Verkaufszeit oder nach Ladenschluß begangen wird, ist an sich gleichgültig. Veränderungen dieser Art lassen daher die Identität der Tat unberührt. Allenfalls in bestimmten Ausnahmefällen können sie Einfluß auf die Gleichstellung zweier Taten haben.

Man stelle sich vor, B will dem S eine Körperverletzung (§ 223a StGB) zufügen, indem er ihn zu einer leichten und kurzen Skiwanderung verleitet, die aber in Wahrheit lang und nicht ganz ungefährlich ist, so daß der allein sich auf den Weg machende S der Gefahr, sich zu verirren, zu erfrieren oder u.U. sogar abzustürzen, ausgesetzt wäre. Auf Anraten des A setzt B durch, daß S die geplante Wanderung zu einem Zeitpunkt unternimmt, in dem dichtes Schneetreiben herrscht. B verirrt sich und wird halberfroren von der Bergwacht zu Tal gebracht, wo er sich alsbald erholt.

Hier dürfte der Zeitpunkt des Handelns wegen der damit verbundenen akuten Lebensgefahr der ausgeführten Tat ein völlig anderes Gepräge geben als der zuvor beschlossenen. A ist daher Anstifter. Wann allerdings Ausnahmefälle dieser Art vorliegen, läßt sich losgelöst vom jeweiligen Einzelfall nicht bestimmen. Entscheidend bleibt stets, ob die zeitliche Verschiebung das Tatgeschehen derart verändert, daß es als etwas Andersartiges, als etwas Neues mit selbständigem Unrechtsgehalt erscheint. Der bloße Umstand, daß die zu einem anderen Zeitpunkt ausgeführte Tat strenger zu ahnden ist, genügt nicht ohne weiteres. Wer einen einfachen Diebstahl, einen Hausfriedensbruch oder eine Brandstiftung zur Nachtzeit verübt, mag zwar mit einer höheren Strafe zu belegen sein, als bei Begehung des gleichen Delikts am helllichten Tag.¹⁾ Es handelt sich aber deswegen noch nicht um eine andersartige Tat, für die ein Dritter, der den Täter zur Verschiebung der Tatausführung auf die Nachtzeit bestimmt, als Anstifter einzustehen hat. Die Unrechtssteigerung ist allgemein in diesen Fällen nicht so groß, daß sie der umgestalteten Tat selbständigen Charakter verleiht.

Das Gleiche muß für örtliche Abweichungen gelten, die nicht durch die Entfernung, sondern durch bestimmte Eigenschaften des jeweiligen Tatortes geprägt sind. Auch hier ist die Beschaffenheit des Tatortes für die Frage der Tatidentität grundsätzlich gleichgültig. Es spielt für die Mehrzahl der Fälle z.B. keine Rolle, ob die Tat statt im Gebäude unter freiem Himmel, statt auf dem Land in der Stadt oder statt im Inland im Ausland begangen wird. Ausnahmen sind möglich, lassen sich aber nicht abstrakt, sondern nur an Hand des konkreten Einzelfalles bestimmen. Ein solcher Ausnahmefall ist etwa anzunehmen, wenn der Dritte - um an das zuvor gebrachte Beispiel von dem Skifahrer anzuknüpfen - den Täter dahin beeinflußt, den Skiläufer S statt auf die vor-

1) So Schönke-Schröder Rdnr.47 vor § 13.

gesehene auf eine andere Route zu schicken, wo dichtes Schneetreiben herrscht. Die akute Lebensgefahr für S, die durch die Verlegung des Tatortes zur bereits geplanten Tat hinzukommt, gibt der Tat ein neues Gepräge, das den Dritten als Anstifter einer infolge Schneetreibens eingetretenen Körperverletzung ausweist.

Entsprechend den bisher erzielten Ergebnissen liegt es nahe, die Entfernung zwischen anfangs vorgesehenen und später gewählten Tatorten ebenfalls regelmäßig für unwesentlich zu erklären und nur in Ausnahmefällen die Tatidentität auszuschließen. Fraglich ist jedoch, ob überhaupt Fälle denkbar sind, deren Gleichstellung ausschließlich an der Entfernung zwischen den jeweiligen Tatorten scheitert. Diese Frage läßt sich erst nach näherer Betrachtung der möglichen Fallgruppen beantworten.

Will der Täter sein Opfer in München erschießen, führt er auf den Rat des Dritten die Tat jedoch in Hamburg aus, so ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Entfernung zwischen den Tatorten nicht den Ausschlag für eine selbständige Tat geben kann. Der Dritte hat mit dem Vorschlag, die Tat 800 km vom ursprünglich vorgesehenen Tatort entfernt zu begehen, nur eine unerhebliche Akzentverschiebung vom zuvor gefaßten Entschluß bewirkt. Selbst eine Differenz zwischen mehreren tausend Kilometern - etwa zwischen Frankfurt und Honkong - läßt die Identität unberührt, wenn die ausgeführte Tat ansonsten mit der beschlossenen übereinstimmt.

Straftaten, deren Tatorte weit voneinander entfernt liegen und die dennoch keine nennenswerten zusätzlichen Änderungen aufweisen, dürften allerdings selten sein. Meist bringt die Verlegung des Tatortes - gerade wenn der spätere weit vom vorgesehenen entfernt liegt - weitere Abweichungen hinsichtlich der Tatgelegenheit oder des Opfers mit sich,

die jede für sich genommen unwesentlich sind. Sämtliche Veränderungen zusammen - die Verlegung des Tatortes eingeschlossen - mögen dann nach natürlicher Betrachtungsweise eine neue Tat ergeben. Zu beachten ist jedoch, daß die Entfernung zwischen den Tatorten in solchen Fällen nur ein Moment unter vielen ist. Es wäre daher falsch, aus Fällen dieser Art Schlüsse für die Behandlung von Taten zu ziehen, die sich - von ganz geringfügigen sonstigen Abweichungen abgesehen - nur durch weit auseinander liegende Tatorte unterscheiden.

Dementsprechend kann auch der bereits erwähnte Fall, den Maurach¹⁾ als Beispiel eines Exzesses anführt, den Grundsatz, der Entfernung zwischen den Tatorten komme keine wesentliche Bedeutung zu, nicht erschüttern:

Stiftet A den B an, den C zu bestehlen, vergreift sich aber B am Eigentum des in einem anderen Stadtviertel wohnenden D, so haftet A nicht.

Das Ergebnis, A habe für den von B begangenen Diebstahl nicht einzustehen, befriedigt zwar wenig. Ob Maurach in der Beurteilung dieses Einzelfalles zuzustimmen ist, mag aber dahinstehen. Sein Beispiel ist nämlich für die hier zu erörternden Fälle unmaßgeblich. Dort wird eben nicht nur der Tatort in einen anderen Stadtteil verlegt, sondern zudem ein anderes Opfer betroffen.

Wie wenig das entfernungsmäßige Auseinanderfallen der jeweiligen Tatorte die Tatidentität zu beeinträchtigen vermag, zeigt sich sogleich, wenn beim Tatopfer ein Wechsel eintritt. Hat etwa A den B, der C bestehlen will, dazu gebracht, den Diebstahl in der Zweitwohnung des C, die in einem anderen Stadtviertel liegt, vorzunehmen, so hat A nur zu einer unwesentlichen Abwandlung eines bereits vor-

1)AT S.586.

handenen Tatentschlusses beigetragen. Gleichermaßen ist auch in folgendem Fall zu urteilen:

B ist entschlossen, in das Wochenendhaus des X am Möhnesee einzubrechen und dort angeblich la-gernde Goldbarren zu stehlen. Unter Hinweis darauf, daß X die Goldbarren inzwischen in sein anderes Wochenendhaus am Genfer See geschafft hat, bestimmt A den B dazu, sich dort die Goldbarren zu holen.

Auch hier zeichnet sich klar ab, daß der Abstand zwischen vorgesehenem und späterem Tatort eine nur untergeordnete Rolle spielt. Der Dritte hat keine neue Tat hervorgerufen, er hat lediglich als Gehilfe zur Ausgestaltung des zuvor Beschlossenen beigesteuert.

Die Entfernung zwischen den zu vergleichenden Handlungen mag daher noch so groß sein, sie allein rechtfertigt niemals die Annahme zweier selbständiger Taten. Das tatsächlich begangene Delikt stellt sich vielmehr nur als unselbständige Abwandlung des geplanten dar.

Veränderungen des Zeitpunktes und des Ortes der Tat sind also grundsätzlich unwesentlich. In der Regel können Vorschläge des Dritten, die Tat an einem anderen Ort oder zu einem anderen Zeitpunkt auszuführen, nur Beihilfe, nicht Anstiftung begründen. Ausnahmen sind möglich, kommen aber selten vor und lassen sich nur unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalles feststellen. Stets ohne Bedeutung ist - für sich betrachtet - die Entfernung zwischen beiden Taten, selbst wenn sie noch so groß ist. Sie allein kann niemals die Identität zwischen geplantem und begangenen Delikt ausschließen.

2. Auswechslung des Opfers der Tat

Eine andere Frage ist, ob die geplante und ausgeführte Tat identisch bleiben, wenn statt des vorgesehenen Opfers ein anderer Rechtsgutsträger betroffen wird. Liegt z.B. eine unwesentliche oder eine erhebliche Abweichung vor, wenn B, der zu einem Einbruchsdiebstahl in der Wohnung und an Sachen des X entschlossen ist, von A dazu veranlaßt wird, statt X den bei diesem wohnenden Untermieter Y zu bestehlen?

Oder wie ist zu entscheiden, wenn A den durchgefallenen Prüfling B, der einen Brief ehrenkränkenden Inhalts an den Prüfer X schreiben will, bestimmt, statt dessen einen Brief gleichen Inhalts dem Prüfer Y zu senden, der ihm viel verfänglichere Fragen gestellt habe?

Die beiden Beispiele lassen bereits erkennen, wo die Bewertung anzusetzen hat. Einmal richtet sich der Angriff gegen ein höchstpersönliches Rechtsgut, die Ehre zweier Individuen, im anderen Fall gegen das Vermögen verschiedener Personen. Zu klären ist daher, ob und bejahendenfalls warum sich der Wechsel in der Person des Opfers anders auswirkt, je nachdem, ob höchstpersönliche oder materielle Interessen verletzt werden.

a) Höchstpersönliche und materielle Interessen

Für den Bereich der natürlichen Handlungseinheit, des Fortsetzungszusammenhangs und des Exzesses ist weitgehend anerkannt, daß es für die Bewertung einen Unterschied begründet, ob die betroffenen Rechtsgüter, die verschiedenen Personen zustehen, höchstpersönlicher oder materieller Art sind. Nimmt der Täter einen Koffer weg, der Sachen des X und des Y enthält, so ist ein Diebstahl gegeben. Tötet er jedoch mit einem Schuß zwei Menschen, wird gleichartige

Idealkonkurrenz zwischen den Tötungserfolgen und nicht etwa ein einziger Verstoß gegen § 211 StGB oder § 212 StGB angenommen.¹⁾ Entsprechendes gilt für die fortgesetzte Handlung. Richten sich die Einzelakte gegen verschiedene Inhaber höchstpersönlicher Rechte, ist nach h.M.²⁾ die Zusammenfassung der Handlungen zu einer fortgesetzten Tat ausgeschlossen. Hingegen wird Fortsetzungszusammenhang für möglich gehalten, wenn die Tathandlungen materielle Rechtsgüter beeinträchtigen und diese verschiedenen Personen gehören. Eine unterschiedliche Behandlung von materiellen und höchstpersönlichen Rechtsgütern findet sich desgleichen im Bereich des Exzesses, dessen Problematik mit der hier anstehenden Frage besonders enge Berührungspunkte aufweist.³⁾ Hat A den B angestiftet, das Auto des X zu stehlen, nimmt B jedoch den danebenstehenden Wagen von Frau X weg, so bleibt - wegen unwesentlicher Abweichung von der Vorstellung des A - dessen Haftung bestehen. Anders verhält es sich, wenn A den B bestimmt, seinen - des A - Feind C zu ermorden, B es aber vorzieht, seinen eigenen

1) Jagusch LK § 73 Anm.3b (S.603); Jescheck ZStW Bd.67 S.529(547); vgl. auch Maiwald, Die natürliche Handlungseinheit, S.80ff. mit Nachweisen über abweichende Ansichten. Abweichend auch Schönke-Schröder § 73 Rdnr.2, Rdnr.9 vor § 73, der gleichartige Idealkonkurrenz bei der Verletzung verschiedener Rechtsgutsträger ohne Rücksicht darauf annimmt, ob es sich um die Verletzung höchstpersönlicher oder materieller Interessen handelt.

2) RGSt 70/243(244); BGHSt 6/81; Baumann AT S.614; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S.304f; Jagusch LK Anm.B III 2f bb (S.592) vor § 73; Maurach AT S.633; Schwarz-Dreher Anm.3 A b vor § 73; A.A. seit der 13. Auflage Schönke-Schröder Rdnr.23a vor § 73, der einen Fortsetzungszusammenhang auch bei Verletzung höchstpersönlicher Rechte verschiedener Inhaber zulassen will.

3) Vgl. oben S. 32ff.

Widersacher D zu beseitigen. Hier entfällt für A eine Haftung aus §§ 48/211 StGB.¹⁾

Die angeführten Parallelerscheinungen legen es nahe, Entsprechendes für die Beeinflussung des Tatentschlossenen gelten zu lassen. Nach unserer dem Recht vorgegebenen Kulturauffassung wird dem Wechsel des Rechtsgutinhalters bei nichtpersönlichkeitsgebundenen Rechtsgütern wie dem Eigentum oder dem Vermögen grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung beigemessen. Vermögensgegenstände sind mit der Person, der sie zugeordnet sind, nur lose verknüpft. Sie sind grundsätzlich frei übertragbar und ihr Verlust ist durch gleichwertige Gegenstände ohne weiteres zu ersetzen. Die Tatsache, daß es sich überhaupt um fremdes Eigentum handelt, läßt die Frage, wer Eigentümer ist, völlig in den Hintergrund treten.

Etwas anderes hat für die Bewertung höchstpersönlicher Rechte zu gelten. Sie erhalten ihren spezifischen Gehalt erst durch die Person, der sie als natürliche Voraussetzung ihres Lebensrechts als Individuum innewohnen²⁾, sind also unlöslich mit ihren Träger verbunden. Leib und Leben, Freiheit und Ehre zweier Personen lassen sich daher nicht als eine Erscheinung mit zwei Subjekten begreifen. Vielmehr bilden sie absolute Einheiten, die voneinander so scharf abgehoben und getrennt sind, wie es ihre Träger als Individuen sind.³⁾ Höchstpersönliche Rechte der einen Person stellen also gegenüber den höchstpersönlichen Interessen der anderen etwas Eigenständiges dar.

1) Es verbleibt nur eine Haftung aus §§ 49a/211 StGB. So Maurach AT S.585 unter Hinweis auf das angeführte Beispiel; ebenso Baumann JuS 1963 S.134.

2) RGSt 72/174(175).

3) Nowakowski, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, S.22 im Anschluß an Oetker ZAkfDR 1937 S.225(226). Vgl. dazu auch Enneccerus-Nipperdey AT, 1.Halbb. S.578.

Für die Frage, wann Abweichungen vom Tatplan Anstiftung begründen, bedeutet dies: Mit der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter einer anderen als der zunächst in Aussicht genommenen Person wird neues selbständiges Unrecht gesetzt.¹⁾ Der Einflußnehmende, der, wie im Ausgangsfall, die Beleidigung eines anderen Prüfers veranlaßt hat, muß sich daher als Anstifter nach § 185 StGB verantworten. Im Gegensatz dazu ist der Dritte, der im eingangs gebrachten Beispiel den Täter bestimmt, anstelle des Y dessen Untermieter X zu bestehlen, nur Gehilfe. Allein die Tatsache, daß ein anderer Träger materieller Rechtsgüter betroffen wird, rechtfertigt noch nicht die Annahme selbständigen Unrechts.

b) Einzelfragen

Wenn die oben aufgestellte Regel angesichts der allgemein anerkannten Sonderstellung von höchstpersönlichen Rechtsgütern auch verhältnismäßig selbstverständlich erscheint, so sind die Grenzen dieser Regel jedoch umso problematischer. Fraglich ist zunächst, welche Rechtsgüter als höchstpersönlich anzusprechen oder diesen gleichzustellen sind. Zu beleuchten bleibt schließlich, wie zusammengesetzte Tatbestände, denen der Schutz eines höchstpersönlichen und eines materiellen Rechtsgutes obliegt - so die §§ 249, 253 StGB - zu behandeln sind.

Als höchstpersönliche Rechtsgüter gelten nach heutiger Auffassung das Leben, das werdende Leben, die körperliche Integrität, die Freiheit, die Ehre, die Geheimsphäre sowie das Hausrecht.²⁾ Für den Bereich der fortgesetzten Handlung haben jedoch Rechtsprechung und Rechtslehre die

1) So für den Bereich der fortgesetzten Handlung Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S.304 und Welzel S.221f.

2) Für alle: Maurach AT S.633; ders., Mat.Bd.1 S.231(239).

für Angriffe gegen Persönlichkeitswerte geltenden Grundsätze auch auf andere rechtlich geschützte Interessen übertragen. Hingewiesen sei insbesondere auf die Sittlichkeitsdelikte und die aktive Bestechung. Die Amtstreue, die u.a. dem § 333 StGB als Schutzobjekt zugrunde liegt, ist beispielsweise ein Rechtsgut der Gesamtheit, kein höchstpersönliches Rechtsgut. Eine Gleichstellung mit den anerkannt höchstpersönlichen Interessen ist aber deshalb zu erwägen, weil die Treuepflicht den Beamten möglicherweise höchstpersönlich verpflichtet. Ob man den in Betracht kommenden Kreis von Rechtsgütern nach Welzel¹⁾ als "persönlichkeitsgeprägt" kennzeichnen oder ob man der Formulierung Maurachs²⁾ "Gemeinschaftswerte, die an einem einzelnen Angriffsobjekt betätigt werden" den Vorzug geben soll, mag auf sich beruhen. Beide Bezeichnungen laufen sachlich auf dasselbe hinaus, auf die Frage nämlich, wann der Austausch des Tatobjektes über den engen Bereich höchstpersönlicher Rechtsgüter hinaus neues selbständiges Unrecht schafft.³⁾ Die Frage taucht ebenso wie beim Fortsetzungszusammenhang auch beim anstehenden Problem auf. Zu klären ist daher, ob Anstiftung gegeben ist, wenn der Dritte den zu einem Sittlichkeitsdelikt oder zu einer aktiven Bestechung entschlossenen Täter bestimmt, gegen eine andere Person vorzugehen.

1) Welzel, Lehrbuch, S.221.

2) Maurach AT S.633.

3) Vgl. Geerds, Die Lehre von der Konkurrenz, S.304; Welzel, Lehrbuch, S.221.

aa) Die Sittlichkeitsdelikte

Überprüft man die im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB aufgeführten Straftatbestände, so fällt es schwer, ein alle Vorschriften umfassendes gleiches Rechtsgut festzustellen. Die sexuelle Sittlichkeit ist bei ihnen eher Bezugsmoment als eine zur Unrechtsbestimmung der einzelnen untereinander sehr verschiedenartigen Tatbestände ausreichende Bezeichnung.¹⁾ Die sonst übliche Grenze zwischen Straftaten gegen den Einzelnen in Form von Personen- und Vermögensdelikten und Straftaten gegen die Gemeinschaft verläuft hier mitten durch den Gesamtabschnitt selbst.²⁾ Weiter führt daher allein eine Differenzierung nach verschiedenen Gruppen innerhalb der Sexualdelikte. Sie werden eingeteilt³⁾:

1. in Straftaten gegen die Normalität des Sexualempfindens (§§ 173, 175, 175b StGB),
2. in Delikte gegen die Sexualfreiheit (§§ 175a Nr. 1, 176 Nr. 1 und 2, 177, 179 StGB),
3. in Straftaten durch Mißbrauch der Unerfahrenheit oder durch Ausnutzung eines Unterordnungs- oder Abhängigkeitsverhältnisses (§§ 174, 175a Nr. 2 und 3, 176 Nr. 3, 182 StGB),
4. in Delikte durch Verletzung des Sittlichkeitsempfindens der Öffentlichkeit (§§ 183ff. StGB) und
5. in Straftaten mittels anstößiger Ausnutzung oder Förderung fremder Unzucht (§§ 180, 181, 181a StGB).

1) Vgl. dazu Maurach AT S. 183; Mezger-Blei I S. 109.

2) Mezger-Blei II S. 71.

3) Einteilung nach Maurach AT S. 184, BT S. 403f.

Die Entscheidung, die Straftaten gegen die Sexualfreiheit den Delikten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter an die Seite zu stellen, dürfte nicht schwer fallen, da höchstpersönliche Interessen, wie sexuelle Selbstbestimmung, Freiheit und Ehre der einzelnen betroffenen Person, ersichtlich im Vordergrund stehen. Daß es vorrangig um den Schutz des Einzelnen und nicht um die allgemeine Mißbilligung gewisser Formen sexueller Betätigung geht, ergibt sich für die meisten Delikte dieser Gruppe (§§ 175a Nr.1, 176 I 1 und 177 I 1. Alt. StGB) schon daraus, daß zur Tatbestandsvollendung ein dem Angriff widerstrebendes Handlungsobjekt erforderlich ist, bei dessen Einwilligung der Tatbestand entfällt. Der Persönlichkeitsschutz ist aber selbst dort maßgebend, wo eine rechtswirksame Einwilligung nicht möglich ist, weil das Opfer geisteskrank ist (§§ 176 I Nr.2 letzte Alt., 179 StGB) oder keinen entgegenstehenden Willen äußern kann (§§ 176 I Nr.2, 177 I 2). Die genannten Vorschriften stellen die mißbräuchliche Ausnutzung eines Zustandes unter Strafe, der die Entscheidung zwischen einer dem Sittengesetz entsprechenden und einer ihm widerstrebenden Befriedigung des Geschlechtstriebes ausschließt,¹⁾ und schützen gerade dadurch die freie Selbstbestimmung über das eigene Geschlechtsleben. Für einen höchstpersönlichen Schutzbereich spricht auch, daß eine Einwilligung nicht ausnahmslos als unbeachtlich angesehen wird. Hat das Opfer vor Eintritt eines die freie Selbstbestimmung ausschließenden Zustandes in eine unzüchtige Handlung bzw. den Beischlaf eingewilligt, scheidet auch hier eine Tatbe-

1) So hinsichtlich der Ausnutzung einer geisteskranken Frau gem. § 176 Nr.2 StGB: RG JW 1931 S.58 Nr.19, JW 1934 S.905, RGSt 70/32f; BGHSt 2/58f, wobei streitig ist, in welchen Fällen die Entscheidungsunfähigkeit unwiderleglich vermutet wird und wann sie jeweils nachzuprüfen ist. Vgl. den Stand der Meinungen bei Schönke-Schröder § 176 Rdnr.16.

stands Vollendung aus.¹⁾

Ähnliche Erwägungen sind hinsichtlich der Straftaten durch Mißbrauch der Unerfahrenheit oder durch Ausnutzung eines Unterordnungs- bzw. Abhängigkeitsverhältnisses am Platze (§§ 174, 175a Nr. 2 und 2; 176 Nr. 3; 182 StGB). Beim Mißbrauch der geschlechtlichen Unerfahrenheit drängt sich die Höchstpersönlichkeit des Schutzobjektes sofort auf, soll doch die geschützte Person vor geschlechtlichen Erlebnissen bewahrt werden, deren Bedeutung für ihre Entwicklung sie noch gar nicht ermessen kann. Zwar kommt hier dem Interesse der Allgemeinheit, die genannten Verhältnisse von geschlechtlichen Motiven und Einflüssen reinzuhalten²⁾, ein erhebliches Gewicht zu. Schutzobjekt ist jedoch in gleicher Weise die geschlechtliche Freiheit des Abhängigen, die - selbst gegen seinen Willen - vor Angriffen der Autoritätsperson bewahrt werden soll.³⁾ Wie sehr die geschlechtliche Freiheit des Einzelnen den Schutzbereich dieser Delikte bestimmt, ergibt sich aus der Tragweite, die der Einwilligung des Abhängigen zuerkannt wird. Normalerweise ist das Einverständnis des Geschützten unmaßgeblich, seine Einwilligung schließt jedoch im Falle des § 174 StGB den Tatbestand aus, wenn zwischen den Beteiligten ein auf Eheschließung gerichtetes, echtes Liebesverhältnis besteht oder die Einwilligende sich in Erkenntnis der Bedeutung der Geschlechtsehre mit dem Betreuer eingelassen hat.⁴⁾ Daher können diese Delikte ohne weiteres wie die mit an-

1) Mezger LK § 176 Anm. 7 (S. 99); Schönke-Schröder § 176 Rdnr. 18; Schwarz-Dreher § 176 Anm. 2 C; OLG Hamm HEST 2/150.

2) BGHSt 1/55(58); 71(72); 8/278(280); Schönke-Schröder § 174 Rdnr. 1.

3) Schönke-Schröder § 174 Rdnr. 1.

4) BGHSt 8/278(282); BGH NJW 1951, S. 726; Mezger LK § 174 Anm. 4b (S. 90); Schönke-Schröder § 174 Rdnr. 27.

erkannt höchstpersönlichem Schutzbereich behandelt werden.¹⁾

Bedenklich erscheint demgegenüber eine Anwendung der gewonnenen Grundsätze auf Straftaten, die sich gegen die Normalität des Sexualempfindens, gegen das Sittlichkeitsempfinden der Öffentlichkeit und gegen die anstößige Ausnutzung der Förderung fremder Unzucht richten. Am leichtesten fällt die Entscheidung noch bei der öffentlichen Erregung eines geschlechtlichen Ärgernisses nach § 183 StGB. Ist z.B. der Exhibitionist B entschlossen, sich vor der allein spazierengehenden X zu entblößen, geht er aber auf einen Wink seines Freundes F statt dessen auf die Y zu, so ist zwar das Scham- und Sittlichkeitsgefühl einer anderen Person verletzt als zunächst beabsichtigt, das Gesetz wertet diese Personen aber nicht als Individuen, sondern als Glieder der Allgemeinheit, deren höchstpersönliches Interesse nur repräsentativ für die Öffentlichkeit beeinträchtigt wird.²⁾ Anstiftung des B scheidet daher aus. Gestützt wird dieses Ergebnis durch die Rechtsprechung, die Fortsetzungszusammenhang zwischen mehreren § 183 StGB verletzenden Einzelakten auch dann zulässt, wenn jeweils ver-

1) So die h.M., die bei wiederholter Tatbegehung an verschiedenen Opfern Fortsetzungszusammenhang ausschließt. Hinsichtlich § 174 StGB: RGSt 53/274f; Jagusch LK Vorbem. B III 2f bb (S.593) zu § 73; Maurach AT S.633; Mezger LK § 174 Anm.6 (S.91); zu § 176 I Ziff.3: RGSt 70/143(245); Jagusch LK Vorbem. B III/2f bb (S.593) zu § 73; Maurach AT S.633; Mezger LK § 176 Anm.12 (S.102).

2) BGHSt 4/303; Maurach AT S.633. Dasselbe dürfte für alle Tatbestände gelten, die eine Gemeingefahr für Leben und Gesundheit voraussetzen (so §§ 312ff StGB). Der Begriff der Gemeingefahr verbindet hier mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter zu einem einheitlichen Rechtsgut der Allgemeinheit. Vgl. Nowakowski, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, S.22f.

schiedene Personen in Mitleidenschaft gezogen werden.¹⁾
Ferner ist anerkannt, daß nur e i n Vergehen gegen § 183 StGB vorliegt und nicht etwa gleichartige Idealkonkurrenz, wenn mehrere Personen an einer unzüchtigen Handlung Ärgernis nehmen.²⁾

Zwischen den Sexualdelikten mit anerkannt höchstpersönlichem Schutzbereich und den Delikten sexueller Färbung, die den höchstpersönlichen Rechtsgütern nicht an die Seite gestellt werden können, stehen die Straftaten gegen die Normalität des Sexualempfindens und die Delikte gegen die anstößige Ausnutzung oder Förderung fremder Unzucht. Auch diese können größtenteils nicht mehr aus den persönlichen Rechtsgütern der betroffenen Einzelperson, sondern überwiegend als besondere Rechtsgüter der Allgemeinheit im Sinne eines Interesses an sexueller Reinheit verstanden werden.³⁾ Für die Tatbestände der Kuppelei und der Zuhälterei nach den §§ 180, 181a StGB bestehen dementsprechend auch keine Bedenken, den Wechsel in der verkuppelten oder ausgebeuteten Person für unwesentlich zu erklären, ein Ergebnis, das der Rechtsprechung des RG⁴⁾ und des BayObLG⁵⁾ entspricht, nach der Kuppelei und

1) RG JW 1930 S.942; RG HRR 1935 Nr.217; RGSt 75/207(208); BGHSt 4/303(304); zustimmend Maurach AT S.633; Schwarz-Dreher § 183 Anm.6.

2) BGHSt 4/303(304); LG Hannover NdsRpfl 1948 S.136; zustimmend Schwarz-Dreher § 183 Anm.6.

3) Mezger-Blei I S.116.

4) in DR 1939 S.1507; RGSt 70/145(150); zustimmend auch BGH NJW 1963 S.1162 (1164);
vgl. zum Schutzzweck des § 181a StGB auch RGSt 69/107(109).

5) GA 1954 S.313; ebenso Maurach AT S.633; Schwarz-Dreher § 181a Anm.7; Kohlrauch-Lange Anm.II B 1 b vor § 73.

und Zuhälterei in fortgesetzter Handlung auch gegenüber verschiedenen Dirnen möglich ist.

Wesentliche Bedeutung haben Rechtsprechung und Schrifttum hingegen dem Wechsel der Tatobjekte bei Delikten gegen die Normalität des Sexualempfindens beigemessen, so bei gleichgeschlechtlicher Unzucht nach § 175 StGB. Fortsetzungszusammenhang wird bei Unzucht mit verschiedenen Männern daher allgemein abgelehnt¹⁾. Diese Auffassung erweckt insbesondere dann Bedenken, wenn man mit der Rechtsprechung das Sittengesetz oder das allgemeine Wohl des Volkes in seiner sittlichen Kraft als das geschützte Rechtsgut des § 175 StGB ansieht,²⁾ ein Strafgrund, der allenfalls auf ein besonderes Rechtsgut der Allgemeinheit schließen läßt, ohne jedoch höchstpersönliche Interessen der individuellen Einzelperson einzubeziehen. Denn der mit der gleichgeschlechtlichen Betätigung einverstandene Partner wird ja gerade nicht in einem Persönlichkeitsrecht verletzt.

Vereinzelt wird der Grund für die Bestrafung der Homosexualität in der Gefahr gesehen, den Charakter zu zerrütten und das sittliche Gefühl zu zerstören.³⁾ Könnte aus dieser Formulierung ein Schutz des Individuums herausgelesen werden, müßte § 175 StGB wie ein Delikt mit höchstpersönlichem Rechtsgüterschutz behandelt werden. Es ist

1) RG JW 1938 S.2234 (für § 175a Ziff.4 StGB); RGSt 70/282 (284f); OLG Hamm HEST 1/294; Jagusch LK § 73 Vorbem. B III 2f bb (S.593); Maurach AT S.633; BT S.413; Schwarz-Dreher § 175 Anm.6; anders noch RGSt 70/145 ff.

2) BGH NJW 1951 S.810; OLG Hamburg HEST 1/55; OLG Frankfurt NJW 1949 S.233; OGHSt 1/126(129).

3) Amtliche Begründung zu § 216 E 1962 S.376; Begründung zu E 1929 S.147; OLG Düsseldorf JR 1947 S.169f.

allerdings mehr als zweifelhaft, ob die Gefahr, Persönlichkeitswerte zu beeinträchtigen, der tragende Strafgrund von § 175 StGB ist. Beruhte das Unrecht dieser Vorschrift tatsächlich auf der charakterschädigenden Wirkung homosexueller Betätigung, läge § 175 StGB ein Rechtsgut zugrunde, dessen Träger der Täter selbst ist. Einen derartigen Schutz vor sich selbst aufzustellen, widerspricht jedoch dem Begriff des Rechts, das immer nur um anderer willen Pflichten auferlegen kann.¹⁾ Im Ergebnis sind Rechtsprechung und Lehre daher übereinstimmend der Ansicht, in § 175 StGB werde ausschließlich die Sittenordnung und nicht die Persönlichkeit des Täters geschützt.²⁾ Selbst diejenigen, die den Gesichtspunkt der Charakterverderbnis ausdrücklich betonen, fühlen sich dadurch nicht genötigt, § 175 StGB einen persönlichen Schutzbereich zuzuschreiben. So hat das OLG Düsseldorf³⁾ beispielsweise den Strafgrund der Homosexualität u.a. in der Zerrüttung des Charakters und des sittlichen Gefühls erblickt, um daraus den Schluß zu ziehen: "Schutzobjekt ist s o m i t nicht das Einzelindividuum, sondern das allgemeine Wohl des deutschen Volkes."

Nun wird allerdings mitunter hervorgehoben, daß eine Einbeziehung in den Kreis der höchstpersönlichen Rechtsgüter auch dann geboten sei, wenn sich die betreffenden Vorschriften gegen besonders b e d e u t s a m e Rechtsgüter der Allgemeinheit richteten.⁴⁾ Ob die Bedeutung des jeweiligen

1) Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, S.78 unter Hinweis auf Pommering Zeitschrift für Sexualforschung 1, S.86 und Enneccerus, Einleitung zum AT S.82(1931).

2) BGHSt 7/231(233); RGSt 70/145(149); OLG Düsseldorf JR 1947 S.169f; OLG Hessen HEST 1/301; Jäger, aaO., S.77f; Maurach BT S.411; Schönke-Schröder § 175 Rdnr.2.

3) JR 1947 S.169f.

4) RGSt 72/174(176); Schönke-Schröder, 12.Aufl., Rdnr.24 vor § 73.

Rechtsgutes ein sicheres Kriterium dafür abgibt, welche Interessen den anerkannt höchstpersönlichen an die Seite zu stellen sind, mag hier auf sich beruhen. Es entspräche nämlich kaum der überwiegenden Meinung, in § 175 StGB ein besonders bedeutsames Rechtsgut der Allgemeinheit zu erblicken. Im Gegenteil, kaum eine Strafvorschrift hat die Gemüter mit der Frage nach Berechtigung oder Nichtberechtigung so beschäftigt wie gerade das Verbot gleichgeschlechtlicher Unzucht.¹⁾

Ausschlaggebend für die Behandlung eines Partnerwechsels kann demgegenüber aber werden, ob das Unrecht der Tat, wenn schon nicht auf der Verletzung der in der Persönlichkeit wurzelnden Werte, so doch auf der Verwerflichkeit höchstpersönlicher Beziehungen beruht.²⁾ Solchen Beziehungen kann aber nur die gleiche Sonderbehandlung wie den anerkannt höchstpersönlichen Rechtsgütern zuteil werden, wenn ihnen nach der Kultur- und Rechtsauffassung die gleiche, an eine individuelle Person gebundene Einmaligkeit zukommt, d.h. wenn mit der Aufnahme jeder neuen Beziehung auch neues selbständiges Unrecht gesetzt wird. Für die Bejahung dieser Frage bieten sich jedoch im Falle gleichgeschlechtlicher Unzucht, die sich in der Regel in der Befriedigung sexueller Bedürfnisse ohne tiefergreifende menschliche Bindung

1) Vgl. die Übersicht über die Einwände gegen die Strafbarkeit der Päderastie in der amtlichen Begründung des E 1962 zu § 216 S.375 f sowie Niederschriften Bd.8 S.226ff.

2) Vgl. Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S.304; Welzel, Lehrbuch, S.221.

erschöpft¹⁾, kaum Anhaltspunkte.

Allein die Tatsache, daß mit sexualbezogenen Handlungen die Intimsphäre berührt ist, rechtfertigt jedenfalls noch nicht die Gleichstellung mit solchen Rechten, die dem Einzelnen als natürliche Voraussetzung seines Menschseins innewohnen. Die Verankerung sexuellen Verhaltens in der Intimsphäre hat ja auch die Rechtsprechung nicht gehindert, im Falle mehrerer Verstöße gegen die §§ 180, 181a StGB Gleichartigkeit der Handlungen anzunehmen, wenn verschiedene Personen verkuppelt oder ausgebeutet worden sind.²⁾ Wenn hier auch die Bewertung der Beziehung zwischen Kuppler und Unzucht treibendem den Ausschlag gegeben haben dürfte³⁾, so darf doch nicht vergessen werden, daß begrifflich die Kuppelei Teilnahme an fremder Unzucht ist.⁴⁾ Wäre jeder Unzuchtshandlung beim Wechsel eines Beteiligten ein selbstständiger Unrechtsgehalt zuzuerkennen, müßten daraus auch Folgerungen für die Teilnahmehandlungen gezogen werden. Daß die Rechtsprechung dies nicht tut, macht deutlich, daß Unzuchtshandlungen - z.B. beim außerehelichen Beischlaf - nicht in jedem Falle höchstpersönliche Beziehungen das Gepräge geben. Wie sehr das persönliche Moment bei Unzuchts-handlungen in den Hintergrund treten kann, zeigt sich bei

-
- 1) Vgl. dazu Bürger-Prinz, MonKrimBiol 1939 S.430(432): Homosexuelle Beziehungen sind sehr häufig völlig unverbindlich bleibende zu wechselnden Partnern, also kennzeichnend für die sexuelle Vereinsamung, die im wesentlichen der Ausdruck völliger Autoerotik ist. Der Partner spielt nur als Mitbetätigter, als Vollzugs- und Erleidensobjekt eine Rolle. Das Zentrale bleibt der eigene Lustgewinn.
MonKrimBiol 1938 S.333(335): Trotz aller untereinander eingegangenen freundschaftlichen Beziehungen zeigten sich alle Beteiligten doch außerordentlich bindingslos untereinander, sehr isoliert... Trotz der Gleichartigkeit des sexuellen Handelns nahm letztlich der eine den andern "nicht für voll".
- 2) RG DR 1939 S.1517; Bay ObLG GA 1954 S.313.
3) So in RGSt 34/310; RG DR 1939 S.1507; BayObLG 1953/225.
4) Mezger-Blei II S.90; Schönke-Schröder § 180 Rdnr.2.

der Erregung öffentlichen Ärgernisses. Nacheinander öffentlich vorgenommene unzüchtige Handlungen mit verschiedenen Personen kann ebenso der selbständige Unrechtsgehalt fehlen wie einem fortgesetzten unzüchtigen Treiben, an dem mehrere Personen Anstoß nehmen.¹⁾

Eine Beziehung, die über die Persönlichkeitsbezogenheit unzüchtiger Handlungen nach den §§ 180, 181a, 183 StGB hinausgeht, ist jedoch für homosexuelle Betätigungen nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht einzusehen, warum homosexuelle Handlungen mit verschiedenen Männern jeweils selbständiges Unrecht begründen sollen, während die fortgesetzte Förderung der Ausbeutung des außerehelichen Beischlafs mit mehreren Personen gem. den §§ 180, 181a StGB sich ohne weiteres zu einer einzigen Tat zusammenfassen läßt. Homosexuelle Handlungen mögen zwar nach allgemeiner Ansicht schwerer als heterosexuelle Unzuchtshandlungen wiegen, sie sind darum aber nicht persönlichkeitsgeprägt.

Danach dürften keine Bedenken mehr bestehen, nur Beihilfe und nicht Anstiftung anzunehmen, wenn der Dritte den homosexuellen H, der zur Aufnahme entsprechender Beziehungen zu dem gleichgesinnten X entschlossen ist, bestimmt, an Stelle mit X doch mit dem ansprechenderen Y in Kontakt zu treten.

Eine weitere Strafvorschrift, die die Normalität des Sexualempfindens betrifft, ist die Blutschande (§ 173 StGB). Auch hier ist problematisch, inwieweit die Regeln, die für höchstpersönliche Rechtsgüter gelten, auf den einflußnehmenden Dritten Anwendung finden. Soweit eine fortgesetzte Handlung

1) Vgl. oben S. 71f.

in Frage steht, lehnt die h.M.¹⁾ eine Zusammenfassung inzestuösen Verhaltens mit verschiedenen Personen zu einer einzigen Tat ab, ohne jedoch den selbständigen Unrechtsgehalt jeder neuen Beziehung zu begründen. Daß die Blutschande mit mehreren Familienangehörigen nicht in Fortsetzungszusammenhang stehen kann, mag als Indiz für die Selbständigkeit jeder neuen Beziehung gelten. Eine Stellungnahme, warum jeweils selbständiges Unrecht gesetzt wird, erübrigt sich dadurch aber nicht.

Schwierigkeiten bereitet eine Würdigung insbesondere deshalb, weil der Schutzbereich des § 173 StGB nicht ohne weiteres klar ist. Die Blutschande wird sowohl als biologisches Gefährdungsdelikt wie auch als Sittlichkeitsdelikt zum Schutz der Familienbande aufgefaßt.²⁾ Ob der erbbiologische Schutzgedanke nach heutigen wissenschaftlichen

1) Mezger LK § 173 Anm.7 (S.84); Schönke-Schröder, 12.Aufl., § 173 Rdnr.12; anders 13. Aufl., wo Fortsetzungszusammenhang ohne Rücksicht darauf angenommen wird, ob verschiedene Träger höchstpersönlicher oder materieller Interessen betroffen werden, vgl. Rdnr.23a vor § 73; Schwarz-Dreher § 173 Anm.5 mit Verweis auf § 172 Anm.4 B, wo fortgesetzter Ehebruch mit verschiedenen Personen abgelehnt wird; a.M. hinsichtlich des Ehebruchs RG DStr 1936 S.232. Die Entscheidung dürfte jedoch durch die neuere Rechtsprechung, insbesondere zu § 175 (vgl.oben S.73 Fn.1) überholt sein. So auch Mezger und Schönke-Schröder, beide aaO.

2) RGSt 57/140; Maurach BT S.408; Mezger LK § 175 Anm.1 (S.81); Mezger-Blei II S.83f; Schönke-Schröder § 173 Rdnr.1: Für Abs.1 und Abs.2 Satz 1: Reinhaltung des Familienlebens und eugenische Gründe; für Abs.2 S.2: ausschließlich Gefährdung der Familienbande durch unsittliches Verhalten.

Erkenntnissen die Vorschrift zu tragen imstande ist, wird von vielen Seiten bezweifelt.¹⁾ Die Berechtigung der Einwände, die gegen die sozialhygienische Begründung von § 173 StGB ins Feld geführt werden, kann hier aber auf sich beruhen. Selbst wenn eugenische Gesichtspunkte bei der Blutschande Geltung beanspruchen, tragen sie nicht dazu bei, § 173 StGB als Delikt mit höchstpersönlichem Rechtsgüterschutz auszuweisen. Erbbiologische Erwägungen zielen nur auf den Schutz der Volksgesundheit, also der Allgemeinheit, ohne jedoch unmittelbar individuellen Einzelinteressen zu dienen.

Abgesehen von eugenischen Motiven hat man die Inzucht aber deshalb unter Strafe gestellt, um die engsten Familienbande von sexuellen Beziehungen reinzuhalten. Es fragt sich, ob das Unrecht, das in der Zerstörung der sexualfreien Sphäre innerhalb der Familie besteht, persönlichkeitsgeprägt ist.

Um ein höchstpersönliches Rechtsgut handelt es sich - auch soweit der Schutz der Familie in den Vordergrund gerückt wird - ganz sicher nicht. Das Inzestverbot bezweckt nur den Schutz der Familie als Ganzes, nicht den des Individuums. Das einzelne Familienmitglied kann demgegenüber aber nicht isoliert betrachtet werden, ein Gedanke, der durch die Formulierung "Familienbande" sinnfällig wird. Der Ausdruck "Familie" steht nur für die Bindungen der Familienmitglieder untereinander. Diese Beziehungen sind regelmäßig höchstpersönlicher Natur. Bezweckt § 173 StGB aber gerade den Schutz dieser Bande, so werden zwar keine

1) Nach neueren Ergebnissen der Forschung läßt die Inzucht als solche nicht notwendig kranken Nachwuchs erwarten, es besteht nur die Gefahr, daß sich schlimme Anlagen, die im Stamm schon vorhanden sind, häufen. Vgl. dazu Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, S.63ff. mit Nachweisen, vgl. auch Hafter, Bes.Teil, 2.Hälfte S.426.

höchstpersönlichen Rechte Einzelner, wohl aber höchstpersönliche Beziehungen, nämlich die der Familienmitglieder untereinander, betroffen. Diese Betrachtung rechtfertigt es, § 173 StGB wie ein Delikt mit höchstpersönlichem Rechtsgüterschutz zu behandeln. Wird der Vater, der ein blutschänderisches Verhältnis mit seiner ältesten Tochter aufnehmen will, von seinem Freund dazu veranlaßt, anstelle der Ältesten Tochter die jüngste zu erwählen, so bestimmt der Dritte ihn zu einer anderen als der zuvor geplanten Tat. Der Dritte ist daher Anstifter und nicht nur Gehilfe.

bb) Die aktive Bestechung, § 333 StGB

Die Frage nach der Erweiterung der Regel, die Verletzung eines anderen Trägers höchstpersönlicher Rechte begründe selbständiges Unrecht, stellt sich ferner bei dem Tatbestand der aktiven Bestechung. Soweit eine fortgesetzte Handlung in Frage steht, wird § 333 StGB allgemein den Delikten mit höchstpersönlichem Schutzbereich an die Seite gestellt. Besticht der Täter mehrere Beamte, so ist nach Auffassung von Rechtsprechung und Lehre¹⁾ Fortsetzungszusammenhang ausgeschlossen, und zwar aus folgender Überlegung: Bei der Pflichttreue des einzelnen Beamten - so das RG²⁾ - handele es sich zwar nicht um ein höchstpersönliches Rechtsgut, wohl aber verletze der Bestechende den in der Persönlichkeit wurzelnden Wert der Amtstreue, den § 333 StGB im Interesse der Allgemeinheit schützen wolle.

1) RGSt 72/174(175); OLG Hamburg NJW 1951 S.813; Maurach AT S.633; Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, S.115; Jagusch LK Vorbem. B III 2f bb (S.592); Werner LK § 333 Anm.IX (S.690); Kohlrausch-Lange Anm.II 1b vor § 73; Schwarz-Dreher § 333 Anm.4.

2) RGSt 72/174(175).

Bei jedem Beamten handele es sich um das ganz besondere, nur auf seinen Pflichtenkreis gerichtete Einwirken des Bestechenden, das ihn zu einer Verletzung seiner Treuepflicht bestimmen solle. Das geschützte Rechtsgut - die Reinheit der Amtsausübung - werde durch den Bestechenden in dem einzelnen Glied des Beamtenkörpers verletzt.

Hauptsächlich stützt das RG seine Ansicht jedoch auf die Erkenntnis, daß die Frage, wann Fortsetzungszusammenhang zuzulassen sei, nicht mehr aus dem Gesichtspunkt der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter zu beantworten sei. Entscheidend sei vielmehr, ob es im Einzelfall dem gesunden Rechtsempfinden entspreche, die Annahme eines Fortsetzungszusammenhanges als nicht zulässig auszuschließen.¹⁾ Das sei aber für den Fall der Bestechung verschiedener Beamter schon deshalb zu bejahen, weil die Reinhaltung der Amtsausübung ein so bedeutsames Rechtsgut des gesamten Volkes darstelle, daß eine Abschwächung des Rechtsschutzes durch Zusammenfassung verschiedener Verstöße zu einer fortgesetzten Handlung nicht in Kauf genommen werden könne.²⁾

Der Umstand, daß die h.M. eine fortgesetzte Bestechung ablehnt, ist jedoch ausnahmsweise noch kein Indiz dafür, daß auch der Wechsel in der Person des zu bestechenden Beamten wesentlich sei. Zumindest soweit eine fortgesetzte Handlung wegen der Bedeutung der Amtstreue für die Gesamtheit abgelehnt wird, sind derartige Erwägungen für die Frage, wann

1) Unter Verweis auf RGSt 70/243, wo auch Fortsetzungszusammenhang bei wiederholten Verbrechen nach § 176 I Nr.3 StGB mit der Begründung abgelehnt wird, das gesunde Rechtsempfinden lasse die Zusammenfassung von Verbrechen an mehreren Kindern zu einem Sittlichkeitsverbrechen nicht zu (S.245).

2) RGSt 72/176.

eine andere Tat vorliegt, nicht ausschlaggebend. Es kann dahingestellt bleiben, ob mehrere Handlungen und eine fortgesetzte Tat sich tatsächlich nach Kriterien wie der Bedeutung der verletzten Interessen abgrenzen lassen. Beim Fortsetzungszusammenhang mögen Gesichtspunkte dieser Art immerhin eine gewisse Berechtigung haben, weil die Zusammenfassung einer Mehrheit von Handlungen zu einer einheitlichen fortgesetzten Tat hauptsächlich dem prozessualen Bedürfnis nach Vereinfachung des Verfahrens entspricht.¹⁾ Bestehen Zweifel, ob der prozessualen Zweckmäßigkeit oder dem Rechtsschutz der Vorrang gebührt, mag die Schwere des Delikts den Ausschlag geben. Prozessuale Zweckmäßigkeitserwägungen dieser Art sind jedoch für die Frage, unter welchen Umständen der Wechsel des Opfers wesentlich ist, ohne Belang. Prozessuale Gesichtspunkte rechtfertigen es im Rahmen der Anstiftung - im Gegensatz zur fortgesetzten Tat - also nicht, auf die Bedeutung des verletzten Rechtsgutes abzustellen.

Ebensowenig sprechen materielle Erwägungen dafür, die Amtstreue wegen ihrer besonderen Bedeutung und Wichtigkeit den höchstpersönlichen Rechten an die Seite zu stellen. Der Grund für die Annahme selbständigen Unrechts bei Verletzung höchstpersönlicher Rechte ist ja nicht deren Bedeutung, sondern die Überlegung, daß Leib und Leben, Freiheit und Ehre zweier Personen so scharf voneinander abgehoben und getrennt sind, wie es diese zwei Personen als Individuen sind. Daß die Bedeutung des Rechtsgutes nicht ausschlaggebend ist, bestätigt ein Vergleich zwischen § 185 StGB und den Vermögensdelikten. Warum sollte bei der Beleidigung, die mit einer Höchststrafe von 2 Jahren Gefängnis als verhältnismäßig leichtes Delikt gelten dürfte, der Wechsel des

1) RGSt 70/243(244); RG DJ 1941 S.533; Jagusch LK Vorbem. B III 2f(S.587) zu § 73; Maurach AT S.627f.; Schönke-Schröder Rdnr. 16 vor § 73; Schwarz-Dreher Anm. 3 vor § 73.

Opfers wesentlich, bei schwerem Diebstahl oder in besonders schweren Betrugsfällen dagegen unwesentlich sein?! Die Schwere oder Bedeutung eines Delikts sind daher als Ausgangsbasis verfehlt.

Auch der Begründung, § 333 StGB sei deshalb den höchstpersönlichen Delikten verwandt, weil der Bestechende mit jeder Einwirkung auf einen anderen Beamten die Reinheit der Amtsausübung aufs Neue verletzte, kann nicht gefolgt werden. Zwar muß bei der aktiven Bestechung der Täter - anders als bei Tatbeständen mit typisch materiellem Schutzbereich, z.B. §§ 242, 303 StGB - notwendig auf einen anderen Menschen einwirken. Weist jedoch ein Tatbestand eine Person als Handlungsobjekt aus, so besteht noch kein Anlaß, diese Strafvorschrift in den Kreis der Delikte mit höchstpersönlichem Rechtsgüterschutz einzureihen. Andernfalls müßte selbst der Betrug nach § 263 StGB wegen der Täuschung eines anderen Menschen zur Gruppe der höchstpersönlichen Delikte im weiteren Sinn gerechnet werden. Nach allgemeiner Ansicht sind jedoch die Grundsätze, die für höchstpersönliche Rechte gelten, auf § 263 StGB nicht anwendbar. Verübt der Täter z.B. Betrügereien gegenüber mehreren Personen, so ist die Möglichkeit, die Einzelakte zu einer Einheit zusammenzufassen, ohne weiteres gegeben.¹⁾

Irgendeine Beziehung von Person zu Person reicht also nicht aus, um die betreffende Vorschrift in den Kreis der Delikte zum Schutze von Persönlichkeitsrechten einzureihen. Es muß sich schon um höchstpersönliche Verhältnisse - wie sie z.B. für die Beziehungen von Familienmitgliedern untereinander bejaht worden sind - handeln. Die Beziehung des

1) RG DJ 1937 S.307; RGSt 71/286(287); Jagusch LK § 263 Anm.12 (S.462); Schwarz-Dreher § 263 Anm.12; ebenso Maurach AT S.633f. mit der Einschränkung, Heirats- schwindeleien mit Rücksicht auf das individuell angelegte Täuschungsmanöver vom Fortsetzungszusammenhang auszunehmen.

Die Beziehung des Bestechenden zum Beamten ist sicherlich nicht höchstpersönlich. Für eine derartige Beziehung kommt allenfalls das Verhältnis des Beamten zu dem verwalteten Amt in Betracht.

Das RG hat die Amtstreue als einen in der Persönlichkeit wurzelnden Wert betrachtet und ist u.a. deshalb zu dem Schluß gelangt, sie den höchstpersönlichen Rechten gleichzuachten. Der Hinweis auf das persönlichkeitsprägende Moment bedarf besonderer Beachtung, zumal die persönlichkeitsprägende Wirkung noch am ehesten geeignet erscheint, die Amtstreue in den Kreis der höchstpersönlichen Rechtsgüter einzubeziehen. Allerdings besagt der Ausdruck "Wurzelung in der Persönlichkeit" für sich allein genommen noch wenig, da außer der Amtstreue alle möglichen Verhaltensweisen in Persönlichkeit und Charakter verankert sein können. Es läßt sich beispielsweise kaum bestreiten, daß auch die allgemeine Rechtstreue des Inhalts, keine Straftaten zu begehen, in der jeweiligen Persönlichkeit wurzelt. Trotzdem wäre der Schluß übereilt, den Angriff auf die Rechtstreue der Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter gleichzustellen. Dagegen spricht insbesondere die Behandlung von Konkurrenzfragen im Rahmen der Anstiftung. Obwohl der Anstifter die allgemeine Rechtstreue des Angestifteten beeinträchtigt, erblickt man nämlich in der Anstiftung - jedenfalls nach der herrschenden Verursachungstheorie - keinen Tatbestand, der einer Verletzung höchstpersönlicher Rechte gleichkäme: Bestimmt A beispielsweise durch eine Handlung mehrere Personen zum Diebstahl, so liegt eine Anstiftung, nicht etwa zwei in Idealkonkurrenz begangene Anstiftungen vor.¹⁾ Entsprechend ist eine fortgesetzte Handlung möglich, wenn A nacheinander mehrere Personen zum Stehlen veranlaßt.²⁾

1) Schönke-Schröder § 48 Rdnr.25.

2) RGSt 70/26(31);vgl. auch RGSt 70/344(349), wo fortgesetzte Beihilfe hinsichtlich solcher Beistandshandlungen angenommen worden ist, die mehreren Tätern zu verschiedenen je für sich rechtlich selbständigen Taten gewährt worden waren.

Die Gleichstellung mit den höchstpersönlichen Rechtsgütern ist also nur dann berechtigt, wenn die Amtstreue außer der Tatsache, daß sie in der Persönlichkeit verankert ist, weitere Momente aufweist, die einen Vergleich mit höchstpersönlichen Interessen standhalten. Zu erwägen bleibt, ob etwa das allgemeine Dienst- und Treueverhältnis des Beamten zum Dienstherrn die Aufnahme des § 333 StGB in den Kreis der Delikte mit höchstpersönlichem Rechtsgüterschutz zuläßt.

Das Wort "Treuepflicht" deutet zunächst auf Beziehungen höchstpersönlicher Art. Soweit unter Treue die feste innere Bindung eines Menschen an einen anderen Menschen verstanden wird, dürften keine Bedenken bestehen, die Verletzung derartiger Beziehungen wie die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechte zu behandeln. Der Dienstherr, dem der Beamte Treue schuldet, ist jedoch kein Mensch, sondern eine Organisation (Staat, Gemeinde). Die Treuebindung besteht zu den Trägern dieser Organisation, d.h. den einzelnen Volksangehörigen und - angesichts ihrer unübersehbaren Vielzahl und Gegensätzlichkeit - zu den Ideen oder Leitbildern, denen die Organisation dient. Die Grundidee aber, der der Beamte im Rechtsstaat in Treue verpflichtet ist, ist die Wahrung des Rechts.¹⁾

Es fragt sich, ob die Amtstreue im Sinne einer besonderen Bindung des Beamten an das Recht höchstpersönlich ist. Höchstpersönlich sind nur solche Interessen und Beziehungen, die derartig eng mit dem Individuum verknüpft sind, daß ihre Verletzung gegenüber jedem Inhaber etwas Eigenständiges darstellt. Ob die Amtstreue derartig eng mit dem jeweiligen Amtswalter verknüpft ist, muß jedoch bezweifelt werden. Bedenken gegen den höchstpersönlichen Charakter der Amtstreue rühren daher, daß der Beamte mit Aufnahme des Amtsverhält-

1) Wolff, Verwaltungsrecht II, S.430.

nisses an ein bereits vorgegebenes Geflecht rechtlicher Beziehungen gebunden wird, das von seiner Person unabhängig ist. Das Dienst- und Treueverhältnis des einen Beamten unterscheidet sich von dem des anderen nicht durch die Person des jeweiligen Trägers, sondern durch die mit dem Amt verbundenen Berechtigungen und Verpflichtungen. Die Person des Amtswalters ist also gegenüber den Zuständigkeiten, die das Amt gewährt, nachrangig, d.h. die Pflicht zur Rechtswahrung bindet den Betreffenden nicht höchstpersönlich, sondern nur in seiner Funktion als Beamter.

Soweit eine Strafvorschrift dem Schutz enger menschlicher Beziehungen, wie sie zwischen Familienangehörigen (§ 173 StGB) oder Eheleuten (§ 172 StGB) bestehen, bezweckt, mag eine Übertragung der für höchstpersönliche Rechtsgüter geltenden Regeln zutreffen.¹⁾ Die Bindungen des Beamten an bestimmte Rechtsgrundsätze hat jedoch keinen dem Familienverhältnis vergleichbaren höchstpersönlichen Charakter. Eine Gleichstellung mit solchen Tatbeständen, die höchstpersönliche Rechtsgüter schützen, kommt daher für § 333 StGB nicht in Betracht. Ob der Täter den einen oder - nach Einflußnahme des Dritten - den anderen Beamten besticht, kann folglich - insbesondere bei gleichem Pflichtenkreis - keinen wesentlichen Unterschied machen.

1) Auch § 169 StGB dürfte den Delikten mit höchstpersönlichem Schutzbereich im weiteren Sinne zuzurechnen sein, da die Verletzung des Personenstandes höchstpersönliche Interessen des Einzelnen berührt.

cc) Mischtatbestände mit höchstpersönlichem und materiellem Schutzbereich

Schließlich bleibt zu erörtern, wie die Tatbestände zu behandeln sind, denen sowohl ein höchstpersönliches als auch ein materielles Rechtsgut zugrundeliegt, eine Frage, die beispielsweise bei den aus Nötigung und Vermögens- bzw. Eigentumsverletzung zusammengesetzten §§ 249, 253 StGB auftaucht. Schwierigkeiten treten hier insbesondere deshalb auf, weil Eigentümer und schutzbereite Person (so für § 249 StGB) oder Genötigter und durch die Leistung Geschädigter (so in § 253 StGB) nicht dieselbe Person zu sein brauchen. Die Person des Trägers des höchstpersönlichen Rechtsgutes kann also wechseln, ohne daß der Inhaber des vermögensrechtlichen Schutzgutes ausgetauscht zu werden brauchte, und umgekehrt.

Dementsprechend sind drei mögliche Fallgestaltungen zu unterscheiden. Die eine Gruppe bilden die Fälle, in denen das genötigte und geschädigte Opfer nicht identisch ist mit dem Betroffenen, gegen den sich die Tat ursprünglich richten sollte. Hierzu gehört etwa folgendes Beispiel: A bestimmt den zu einer Erpressung gegenüber X entschlossenen B dazu, statt X den Y zu einer Handlung zu nötigen, die dessen Vermögen mindert. Eine weitere Gruppe setzt sich aus den Fällen zusammen, in denen der Täter zwar das von vornherein erwählte Opfer nötigt, der Schaden aber eine andere Person als diejenige trifft, die ihn nach dem ursprünglichen Plan des Täters tragen sollte. Schließlich sind in eine dritte Gruppe die Fälle einzuordnen, in denen die Beeinflussung des Täters dazu führt, daß der vorgesehene Vermögensschaden mittels einer anderen genötigten als der zuvor in Aussicht genommenen Person herbeigeführt wird.

Die aufgeführten Fallgruppen werden in der Diskussion um die fortgesetzte Handlung und den Exzeß, wo entsprechende Fragen auftauchen, nicht immer klar unterschieden. Im Rahmen der fortgesetzten Handlung kann man beispielsweise die Formulierung lesen, Raub und Erpressung gegenüber verschiedenen Personen ließen sich nicht zu einer einzigen Tat zusammenfassen.¹⁾ Daß dieser Satz nicht für sämtliche Fallgruppen zutrifft, leuchtet ohne weiteres ein. Es dürfte dabei kaum an die Fälle gedacht sein, in denen der Täter durch zwei Einzelakte denselben Menschen bedroht und dadurch einen Vermögensvorteil einmal auf Kosten des Bedrohten, zum anderen auf Kosten eines Dritten erlangt. Tritt der Wechsel ausschließlich in der Person des Geschädigten ein, während das genötigte Opfer identisch bleibt, ist nämlich die gleiche Bewertung angebracht, die für den Austausch des Opfers bei reinen Vermögensdelikten gilt. Da der Wechsel nur die Person des Trägers materieller Interessen betrifft, ist der Umstand, daß sich die Handlung gegen das Vermögen eines anderen Opfers richtet, für das Unrecht der Tat unerheblich.²⁾ Der Tatbeitrag des Dritten zu § 249 StGB, der bei Nötigung der zuvor erwähnten Person die Schädigung eines anderen als des zunächst in Aussicht genommenen Opfers bewirkt, kann also nur Beihilfe, nicht Anstiftung begründen.

Zweifelhafter ist die Lösung der übrigen Fallgruppen, in denen allein die Person des Genötigten wechselt oder die Tat - Nötigung und Schädigung - sich gegen ein anderes als das ursprünglich erwählte Opfer richten. Für den Bereich

1) BGH JR 1954 S.189; Schwarz-Dreher § 253 Anm.6.

2) So für die fortgesetzte Handlung Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, S.115.

der fortgesetzten Handlung¹⁾ und des Exzesses²⁾ hat man versucht, eine Bewertung davon abhängig zu machen, welcher der Erfolge für den entsprechenden Deliktstypus im Vordergrund steht. Ob die Identität der Tat in den aufgeführten Fallgruppen gewahrt ist, könnte demzufolge davon abhängen, wie man die Schwerpunkte zwischen höchstpersönlichem und materiellem Recht verteilt, bei der Erpressung z.B. zwischen der Willensfreiheit und dem Vermögen. Ist man etwa der Auffassung, bei der Erpressung beanspruche das Vermögen den Vorrang vor der Freiheit, so könnte man daran denken, dem Wechsel in der Person des Genötigten, obwohl doch ein höchstpersönliches Rechtsgut verletzt ist, keine Bedeutung beizumessen. Sieht man dagegen in der Erpressung vorrangig die Entschlußfreiheit geschützt, ist man geneigt, mit jedem Austausch des Genötigten selbständiges Unrecht zu verbinden.

Welches der in den §§ 249ff. StGB geschützten Rechtsgüter den Unrechtsgehalt der jeweiligen Vorschrift vorwiegend bestimmt, läßt sich nach den Äußerungen von Rechtsprechung und Lehre nicht eindeutig beantworten. Der BGH³⁾ scheint dem Freiheitsschutz den Vorrang einzuräumen, wenn er eine fortgesetzte Erpressung gegenüber mehreren Personen deshalb für ausgeschlossen hält, weil sich die Erpressung **v o r a l l e m** gegen das höchstpersönliche Rechtsgut der Entschlußfreiheit richte. Jagusch⁴⁾ hält die Entscheidung des BGH für bedenklich, da § 253 StGB vorwiegend das Vermögen

1) BGH LM § 253 Nr.7; Oetker, ZAKfDR 1937 S.215(226f.).

2) Maurach AT S.586 - zustimmend Baumann JuS 1963 S.135 -, der den Wechsel in der Person des Genötigten bei Identität des materiell Geschädigten mit Rücksicht auf die Konstanzheit des bestimmenden Rechtsgutes, d.h. des Vermögens, für unwesentlich erklärt.

3) LM § 253 Nr.7.

4) LK § 253 Anm.9(S.405).

schütze. Welzel¹⁾ stimmt zwar der Rechtsprechung des BGH zu, betont aber andererseits, daß durch die Novelle vom 29.5.1943 endgültig klar gestellt sei, daß die Erpressung ein Vermögens-, kein Freiheitsdelikt sei.²⁾ Auch die Äußerungen Maurachs vermitteln keine Klarheit, ob das persönliche oder das materielle Rechtsgut bei der Erpressung den Unrechtsgehalt bestimmt. Einerseits erblickt er im Vermögen das bestimmende Rechtsgut. Die Auswechslung des Genötigten bei Identität des Geschädigten - statt des Kassenboten S wird der Bote Y derselben Bank zur Herausgabe des Geldes veranlaßt - hält er deshalb für unwesentlich, weil das bestimmende Rechtsgut, das Vermögen, konstant bleibe.³⁾ Andererseits lehnt er fortgesetzte Erpressung bei Nötigung mehrerer Personen ab, da sich die Taten auch gegen personengebundene Rechtsgüter richten,⁴⁾ scheint also Willensfreiheit und Vermögen zumindest denselben Rang zuzubilligen.

Die Frage, welches Rechtsgut den Vorrang beansprucht, verliert jedoch an Bedeutung, wenn man sich der Erkenntnis nicht verschließt, daß materieller Kern der §§ 249 ff. StGB sowohl das Eigentum bzw. das Vermögen als auch die persönliche Freiheit sind.⁵⁾ § 253 StGB enthält eine Nötigung, deren Rechtsgut nicht dadurch "verlorengehen" kann, daß mit ihr eine weitere Rechtsgutverletzung bewirkt wird.⁶⁾ Denn

1) S.221.

2) S.359.

3) Maurach AT S.568, zustimmend Baumann JuS 1963 S.135.

4) Maurach AT S.633.

5) Allg. Meinung: BGHSt 1/13(20); Mezger-Blei II S.152f., 208; Schönke-Schröder § 249 Rdnr.1; § 253 Rdnr.1; Schwarz-Dreher § 249 Anm.1; § 253 Anm.1.

6) So Mezger-Blei II S.208.

die tatbestandsbezogene Rechtsgutverletzung hängt von dem einen so gut wie von dem anderen ab.¹⁾ Mag auch dem Vermögen vor der Freiheit ein gewisser Vorrang einzuräumen sein - immerhin beruht die Einordnung der §§ 249 ff. StGB unter die Vermögensdelikte auf dem Gedanken des Vermögensschutzes -, der geringfügige Grad der Unterordnung der Freiheit unter das Vermögen läßt jedenfalls noch nicht den Schluß zu, ein Wechsel in der Person des Genötigten sei schlechthin bedeutungslos.

Am ehesten scheint sich die höchstpersönliche Natur der Freiheit in den Fällen auszuwirken, die durch einen Wechsel sowohl in der Person des Genötigten als auch des Geschädigten gekennzeichnet sind. Es handelt sich um die Fallgruppe, die Rechtsprechung und Schrifttum²⁾ vor Augen haben, wenn sie die Zusammenfassung von Angriffen gegen mehrere Personen zu einer fortgesetzten Handlung ablehnen. Daß eine Fortsetzungstat auszuschneiden hat, deutet bereits auf den selbständigen Unrechtsgehalt jeder neuen Verletzung hin. Zurückhaltung hinsichtlich der Annahme eigenständigen Unrechts ist aber deshalb geboten, weil die §§ 249ff. StGB gegenüber der Freiheit, wie sie am allgemeinsten in § 240 StGB geschützt wird, nur den Schutz der wirtschaftlichen Selbstbestimmung bezwecken. Ein Angriff auf die Freiheit, die sich nur als Mittel zur Verwirklichung eines Vermögensdelikts darstellt, besitzt im Sinne unserer Kultur- und Rechtsauffassung nicht das gleiche Eigengewicht wie z.B. ein Angriff auf die Freiheit als solche, z.B. die persönliche Freiheit i.S. des § 239 StGB, die Willensfreiheit i.S. des § 240 StGB oder die sexuelle Selbstbestimmung. Das angedrohte oder zugefügte

1) Nowakowski, Fortgesetztes Verbrechen und gleichartige Verbrechensmenge, S.25.

2) BGH LM § 263 Nr.7; BGH NJW 1954 S.483; Baumann S.615; Maurach BT S.283; Schwarz-Dreher § 253 Anm.6; Welzel, Lehrb., S.221.

Übel tritt gegenüber dem damit verfolgten Zweck, die freie Willensentschließung oder -betätigung zum wirtschaftlichen Nachteil des Betroffenen auszuschalten, in den Hintergrund.

Soweit sich Nötigung u n d Schädigung gegen eine andere als die zuvor erwähnte Person richten, besteht allerdings noch kein Anlaß, den Wechsel in der Person des Genötigten für unerheblich zu erklären. Die wirtschaftliche Selbstbestimmung als Sonderfall der allgemeinen Freiheit bleibt ein mit dem Individuum eng verknüpftes höchstpersönliches Rechtsgut, dessen Verletzung selbständig zu würdigen ist, sobald ein anderer Träger betroffen wird.

Eine Unterordnung des Freiheitsmerkmals unter das Vermögensobjekt ist aber für die Fälle zu erwägen, in denen der vorgesehene Vermögensschaden mittels einer anderen genötigten Person als der zuvor erwähnten herbeigeführt wird. Anhaltspunkte für eine derartige Lösung bietet die Behandlung von Konkurrenzfragen im Rahmen der §§ 249ff StGB. Werden bei einem Überfall auf eine Bank mehrere Personen getötet, so liegt nur ein Raub vor, nicht etwa mehrere Raubdelikte in Ideal- oder Realkonkurrenz.¹⁾ Lediglich die Tötungsdelikte werden nicht zu einer Einheit zusammengefaßt. Wenn aber die Nötigung mehrerer Personen zum Zwecke des Zugriffs auf materielle Werte einer Person als einheitliches Unrecht zu werten ist, dann liegt es nahe, auch bei Auswechslung der genötigten Person an der Tatidentität festzuhalten, sofern beim materiell Geschädigten kein Wechsel eintritt. B ist z.B. entschlossen, bei einem Überfall auf eine bestimmte Bank die Kassiererin Y mit vorgehaltener Pistole zur Herausgabe des Geldes zu veranlassen. Sein Freund A warnt ihn jedoch, die Tat während der Dienstzeit der Y auszuführen, da sich Frauen erwiesenermaßen unerschrockener gegenüber Bankräubern zur Wehr setzten als Männer. B solle später, wenn der Kassierer X Dienst tue, seinen Plan ausführen. Folgt

1) Schönke-Schröder § 249 Rdnr.14.

B diesem Rat und wendet er sich gegen X anstatt gegen die Y, so ist man wenig geneigt, geplante und ausgeführte Tat für nicht mehr identisch zu halten. Noch näher liegt die Annahme einer nur unwesentlichen Abweichung, wenn man sich vorstellt, A habe im zuvor gebrachten Beispiel die Verlegung der Tatausführung um ein paar Stunden erreicht mit der Begründung, zu diesem Zeitpunkt seien weniger Bankkunden im Schalterraum anwesend, die den Plan durchkreuzen könnten. Zwar kassiere zu der vorgeschlagenen Zeit ein anderer als während der zuvor festgelegten, jedoch bleibe es sich für das Tatrisko gleich, wer kassiere. Fälle dieser Art lassen erkennen, daß die Auswechslung des Genötigten nur als unerhebliche Variante auf dem Weg zu dem erstrebten Ziel erscheint, ein bestimmtes Opfer in seinem Vermögen zu schädigen. Bleibt das geschädigte Opfer identisch, während die Person des Genötigten wechselt, wirkt sich regelmäßig der Umstand aus, daß im Rahmen der §§ 249 ff. StGB die Freiheitsbeeinträchtigung gegenüber der Vermögensbeschädigung in den Hintergrund tritt. Zur Annahme selbständigen Unrechts ist man daher, sofern nur der Genötigte wechselt, nicht gezwungen, so daß A nur als Gehilfe anzusehen ist.

Aber selbst wenn auch in der Person des Geschädigten ein Wechsel eintritt, muß nicht zwangsläufig selbständiges Unrecht gesetzt sein. Gedacht ist dabei nicht so sehr an die Fälle, in denen sich Nötigung und Schädigung zunächst gegen die eine, dann aber gegen die andere Person richten. Daß der Freiheit als höchstpersönlichem Rechtsgut in Fällen dieser Art unrechtsbestimmende Bedeutung beizumessen ist, war zuvor bereits festgestellt worden.¹⁾ Gemeint ist die Variante der dort behandelten Gruppe, in der ursprünglich W zu Lasten des X genötigt werden soll, dann aber auf Y eingewirkt wird, um Z zu schädigen.

1) Siehe oben S.92.

Hier sind Fälle denkbar, in denen es nicht gerechtfertigt erscheint, die Bewertung einer Auswechslung in der Person des Genötigten davon abhängig zu machen, ob die Person des Geschädigten wechselt oder nicht. Plant etwa der Täter, den Bankangestellten X zur Öffnung des Tresors zu zwingen, wo er die Depots Nr.1 bis 20 ausräumen will, und bedrängt er nach Beratung mit A den Bankangestellten Y anstelle von X, so ist eine wesentliche Abweichung selbst dann abzulehnen, wenn A den Täter zusätzlich bestimmt, den Unglückszahlen 7 und 13 auszuweichen und statt der Depotnummern 1 bis 20 die Nummern 20 bis 40 auszuräumen. Zwar werden nunmehr auch andere Vermögensträger betroffen, eine Klammer bildet jedoch der Umstand, daß sowohl der zuvor erwähnte als auch der später genötigte Bankangestellte tatsächlich in der Lage waren, über das Vermögen sämtlicher Depotinhaber zu verfügen. In Fällen dieser Art erscheint es angezeigt, trotz Auswechslung des Genötigten u n d des Geschädigten eine nur unerhebliche Abweichung anzunehmen und den einflußnehmenden Dritten nur als Gehilfe anzusehen.

Wann allerdings Ausnahmefälle dieser Art vorliegen, läßt sich nicht abstrakt entscheiden, nähere Aufschlüsse können nur die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles vermitteln. Generell läßt sich nur feststellen, daß bei den aus materiellen und höchstpersönlichen Rechtsgütern zusammengesetzten Tatbeständen der §§ 249ff. StGB die Auswechslung in der Person des G e s c h ä d i g t e n die Identität der Tat nicht berührt mit der Folge, daß der Dritte, der die Abweichung veranlaßt hat, allenfalls Gehilfe der begangenen Tat ist. Ebenso ist zu entscheiden, wenn die Person des G e n ö t i g t e n wechselt, sofern der Geschädigte identisch bleibt. Bewirkt der Dritte dagegen, daß die Gesamttat - Schädigung s o w o h l als Nötigung - eine andere Person als die zuvor erwähnte betrifft, so ist die hervorgerufene Veränderung in der Regel wesentlich, der Einflußnehmende also als Anstifter zu betrachten.

3. Auswechslung eines Verbrechensgegenstandes

An der Tatidentität können ferner Zweifel bestehen, wenn die Tatobjekte ausgewechselt werden. Insoweit ist besonders problematisch, welche Bedeutung dem Unterschied im Wert zwischen dem zunächst in Aussicht genommenen Tatobjekt und demjenigen zukommt, das später Gegenstand des ausgeführten Verbrechens ist. Daß sich die verschiedenen Tatgegenstände nicht ohne weiteres gleichstellen lassen, offenbaren die Fälle, in denen ein sehr großer Wertunterschied gegeben ist. Hat etwa A den B, der entschlossen ist, aus der Wohnung der alleinstehenden X ein kleines Transistorradio zu entwenden, dazu überredet, sich statt dessen an dem im Nachttisch unverschlossen aufbewahrten Familienschmuck im Werte von rund 10.000,-- DM zu halten, so ist man wenig geneigt, die Abweichung vom Tatplan für unwesentlich zu erachten und nur eine psychische Beihilfe zur Tat des A anzunehmen. Vielmehr spricht der krasse Wertunterschied dafür, dem tatsächlichen Geschehen eine selbständige Bedeutung gegenüber dem geplanten Diebstahl zuzusprechen, so daß der Dritte als Anstifter zu behandeln ist.

Für die Entscheidung, ob Anstiftung oder Beihilfe bei der Auswechslung des Verbrechensgegenstandes anzunehmen ist, kommt es - wie bei den bisher untersuchten Abweichungen - auf Richtung und Intensität des jeweiligen Unrechts an. Danach ist unter Berücksichtigung des Umstandes, daß materiellen Rechtsgütern kein individuell geprägter Schutzwert zu eigen ist, folgendermaßen zu entscheiden:

Nimmt der Täter einen Gegenstand, der dem zuvor ins Auge gefaßten gleichwertig oder annähernd gleichwertig ist, so ist mit der Auswechslung kein eigenständiges Unrecht verbunden. Beide Gegenstände sind, da sie nur zur Gattung des

in § 242 StGB geschützten Eigentums einer Person gehören, ohne weitere Folgen austauschbar. Eine entgegengesetzte Auffassung würde im Widerspruch zu der Erkenntnis stehen, daß selbst der Wechsel in der Person des Eigentümers, der doch regelmäßig zum Austausch des Diebstahlsgegenstandes führt, unerheblich ist.¹⁾ Ob der Täter, der aus dem Geschäft des X eine Musiktruhe entwenden will, sich statt dessen auf den Vorschlag seines Freundes aus dem Geschäft des Y eine entsprechende Musiktruhe holt oder dem Y einen gleichwertigen Fernsehapparat stiehlt, kann für die rechtliche Bewertung keinen Unterschied begründen. Erst recht besteht dann kein Anlaß, eine andere Tat anzunehmen, wenn lediglich beim Diebstahlsobjekt ein Wechsel eintritt, nicht aber in der Person des Bestohlenen, also wenn etwa dem X statt der Musiktruhe ein Fernsehapparat weggenommen wird.

Entscheidend beeinflußt werden kann das Unrecht jedoch durch den unterschiedlichen Wert der betreffenden Gegenstände. Im geltenden Recht spielt der Wert der gestohlenen Sache beispielsweise eine Rolle zur Abgrenzung der §§ 248a, 370 Nr.5 StGB gegenüber § 242 StGB. Die in jenen Vorschriften geforderte Geringwertigkeit der Gegenstände trägt hier wesentlich dazu bei, den Unrechtsgehalt der Notentwendung und des Mundraubs gegenüber dem Diebstahl im Sinne des § 242 StGB geringer einzustufen. Bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission ist sogar der Vorschlag erörtert worden, den Wert des Diebstahlsobjekts zur Abgrenzung des einfachen vom schweren Diebstahl fruchtbar zu machen, schweren und einfachen Diebstahl also danach zu unterscheiden, ob der Wert der gestohlenen Sache besonders hoch ist.²⁾ Darüberhinaus ist für den Bereich der Strafzumessung allgemein anerkannt,

1) Vgl. oben S.65.

2) Vgl. die Diskussion in Niederschriften Bd.6 S.19ff. zu den Vorschlägen im Umdruck J 55, Niederschriften Bd.6 S.295.

daß die Stärke der Rechtsgutverletzung - eine der wesentlichen Grundlagen zur Festsetzung der im Einzelfall wirkten Strafe - wesentlich von der Höhe des angerichteten Schadens abhängt.¹⁾ Aus alledem wird erkennbar, daß es Stufen der Unrechtsintensität gibt²⁾, die u.a. durch einen unterschiedlich hohen Wert der betreffenden Verbrechensobjekte gekennzeichnet sind.

Auf die hier zu lösenden Fragen angewandt, bedeutet dies: Unterscheiden sich der ursprünglich in Aussicht genommene und der auf den Rat eines Dritten erbeutete Vermögensgegenstand hinsichtlich des Wertes in auffallender Weise, muß auf Grund der erheblichen Unrechtsintensivierung eine andere Tat und damit Anstiftung seitens des Dritten angenommen werden. Hat also der Täter, der - wie im Ausgangsfall - zunächst nur das verhältnismäßig geringwertige Transistorgerät stehlen wollte, nach Beeinflussung durch A jedoch den Familienschmuck im Werte von 10.000.-- DM weggenommen, so hat A soviel höheres Unrecht hervorgerufen, daß man von einer anderen Tat sprechen und A deshalb als Anstifter betrachten muß.

1) Baumann AT S.665; Jagusch LK Anm.B III 6a vor § 13 (S.110); Maurach AT S.718; Schönke-Schröder Rdnr.55 vor § 13; Schwarz-Dreher Anm.1 A a vor § 13.

2) Vgl. dazu grundlegend Kern, ZStW Bd.64 S.256(276).

4. Ausweitung und Wiederholung der bereits geplanten deliktischen Handlung

Ebenso wie der Einflußnehmende den Täter bestimmen kann, andere Verbrechenobjekte oder andere Personen als die bisher in Aussicht genommenen zum Gegenstand bzw. Opfer seiner Tat zu machen, besteht auch die Möglichkeit, daß der Dritte zu einer Ausweitung oder Wiederholung der deliktischen Handlung rät. Zu denken ist an die Fälle, in denen jemand einen Tatentschlossenen dazu bestimmt, statt eines Teils der Deliktsbeute die gesamte Beute zu erwerben oder einem beleidigenden Wort weitere kränkende Ausdrücke hinzuzufügen. Um eine Ausweitung des zuvor geplanten Delikts handelt es sich etwa, wenn der zum Diebstahl zweier Säcke entschlossene Täter von einem Dritten dazu aufgefordert wird, doch gleich 200 Säcke wegzunehmen. Als Beispiel für die Wiederholung einer deliktischen Handlung mag folgender von Baumann¹⁾ erörterter Fall dienen: B schlägt auf Y ein. Wie er gerade aufhören will bzw. aufgehört hat, erscheint A auf dem Plan. Er feuert B zu weiteren Schlägen an.

Baumann²⁾ beurteilt das von ihm gebrachte Beispiel in der Weise, daß A als Anstifter zu der von B ab Zuruf vorgenommenen Körperverletzung anzusehen ist, unerheblich, ob sie für B mit der vorherliegenden Tätigkeit eine einzige Tat bildet oder sich als selbständiges Delikt erweist. Soweit das weitere Geschehen in Tatmehrheit zum vorhergehenden Geschehen steht, ist immer Anstiftung anzunehmen, wenn der Täter hierzu noch nicht entschlossen war. Problematisch ist jedoch die andere Alternative des von Baumann angeführten Beispiels, in dem die vorhergegangenen Mißhandlungen mit den später vorgenommenen Verletzungen für den Täter rechtlich zu einer Einheit verschmelzen. Insoweit ist trotz der Handlungseinheit

1) JuS 1963 S.128.

für den Haupttäter bezüglich der Beurteilung des Dritten noch nichts ausgesagt.

Baumann, der auch im letzten Fall den Dritten als Anstifter einordnen will, steht mit seiner Auffassung nicht allein. Für den Fall, daß jemand einen anderen veranlaßt, die tatbestandsmäßige Rechtsgutverletzung selbst zu erweitern oder zu intensivieren, ist auch Grünwald¹⁾ der Ansicht, es liege Anstiftung vor. Fordere etwa X den Y auf, zusätzlich zu den Sachen, die er zu stehlen entschlossen sei, weitere mitzunehmen, oder rate er ihm etwa, das Opfer schwerer als zunächst vorgesehen zu verletzen, so sei - weil sich das "Mehr" gesondert erfassen ließe - Anstiftung anzunehmen.

Es ist jedoch fraglich, ob sich die Ansicht verallgemeinern läßt, nach der Anstiftung immer dann vorliegen soll, wenn der Teil der Tat, den der Teilnehmer hervorgerufen hat, ^{gesondert} zu erfassen ist. Ist ein teilbarer Vorgang zu beurteilen, so müßte man dem Dritten zwangsläufig jedes von ihm hervorgerufene Mehr, auch wenn es noch so geringfügig ist, als Anstifter anlasten. Bedenken gegen eine solche Verallgemeinerung der Auffassung Baumanns und Grünwalds ergeben sich namentlich bei der Verletzung materieller Rechtsgüter.

Wie zweifelhaft die oben skizzierte Ansicht im Bereich der Vermögensdelikte werden kann, erweist eine Gegenüberstellung der anstehenden Fallgruppe mit derjenigen, in welcher der Verbrechensgegenstand gegen einen anderen ausgetauscht wird. Für den Fall einer Auswechslung des Vermögensgegenstandes war im vorhergehenden Abschnitt dargelegt, daß der Austausch für das Tatunrecht ohne Bedeutung ist, wenn der Wert des später weggenommenen dem des ursprünglich vorgesehenen in etwa entspricht. Geringfügige Wertunterschiede sind ohne Belang. Vergleicht man die Lösung von Fällen dieser Art mit dem Ergebnis, das Baumann und Grünwald für die hier zu er-

1) JuS 1965 S.315 Fn.32.

örternden Beispiele vorgeschlagen haben, so kann folgendes Mißverhältnis eintreten: Anstiftung ist abzulehnen, wenn der Täter einen kostbaren alten Stich, auf den er es zunächst abgesehen hatte, zurückläßt und statt dessen - auf den Rat seines Freundes hin - eine um 100.-- DM wertvollere Vase mitnimmt. Andererseits soll das überschießende Mehr von 100.-- DM als Anstiftung zu werten sein, wenn der Täter neben dem ins Auge gefaßten Inhalt einer Kassette von 5.000.-- DM in Banknoten auf Veranlassung eines Dritten auch noch das Kleingeld von 100.-- DM in Münzen erbeutet.

Daß eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle sachlich nicht gerechtfertigt ist, dürfte ohne weiteres einleuchten. Das Gewicht des Beitrages, den der Dritte zur Tat beisteuert, ist in beiden Fällen gleich, der einzige Unterschied besteht allein darin, daß sich einmal der auf den Dritten zurückgehende Teil gesondert erfassen läßt, das andere Mal dagegen eine Aufspaltung nicht in Betracht kommt. Eine Lösung kann aber nicht davon abhängig gemacht werden, ob der zum Diebstahl an neun 10 DM-Scheinen entschlossene Täter dazu bestimmt wird, einen weiteren 10 DM-Schein oder statt dessen einen einzigen 100 DM-Schein wegzunehmen.

Eine angemessene Lösung für den Fall einer Ausweitung des Vermögensschadens kann daher nur in der Richtung versucht werden, die bereits bei den bisher behandelten Fragen eingeschlagen worden ist. Für die Frage, ob eine neue, andere Tat vorliegt, ist davon auszugehen, ob dem späteren Vorgang gegenüber dem vom Täter zuvor geplanten Verhalten ein selbständiges Gewicht zukommt. Eine erhebliche Unrechtssteigerung, die mittels des Vorschlags, die bereits beschlossene Schädigung des Opfers um ein Vielfaches auszuweiten, hervorgerufen wird, begründet daher eine neue selbständige Tat, der Tatbeitrag ist somit als Anstiftung zu werten. Eine nur geringfügige Schadensintensivierung, die auf den Dritten

zurückgeht, berechtigt dementsprechend nur zur Annahme einer Beihilfe, unabhängig davon, ob sich die Schadenserweiterung gesondert erfassen läßt oder ob eine Trennung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Wenn Grünwald den Dritten als Anstifter bestrafen will, auf dessen Einwirkung der zusätzliche Diebstahl von Sachen durch den Täter zurückgeht, so kann ihm nur insoweit gefolgt werden, als die zusätzlich zum ursprünglichen Plan weggenommenen Gegenstände im Verhältnis zum vorher Gewollten bedeutsam sind. Eine unterschiedslose Behandlung aller Fälle einer selbständig erfaßbaren Schadensintensivierung, wie Grünwald sie vorschlägt, muß daher - aus den zuvor erörterten Erwägungen heraus - abgelehnt werden.

Derselbe Beurteilungsmaßstab, der an Hand einer vermehrten Schädigung derselben Person entwickelt wurde, trifft auch auf die Fälle zu, in denen zusätzlich zum bereits erwähnten Opfer auf Anraten des Dritten eine weitere Person in ihrem Vermögen beeinträchtigt wird. Der Taschendieb A hat es beispielsweise auf das Geld in der Handtasche der Frau X abgesehen. B bestimmt ihn, zusätzlich Geld aus der Handtasche der Frau Y zu entwenden. Wenn B den Taschendieb veranlaßt hätte, gegen Frau Y anstelle von Frau X vorzugehen, läge nur eine unwesentliche Abweichung vor mit der Folge, daß Anstiftung entfällt, jedenfalls wenn die Geldbeträge annähernd gleich sind. Ebenso hätte Anstiftung auszuscheiden, wenn A den B bestimmt hätte, außer der Geldbörse andere - geringwertige - Gegenstände aus der Handtasche der Frau Y zu nehmen. Folglich ist auch Anstiftung zum Diebstahl im erstgenannten Fall abzulehnen, wenn die zusätzliche Beute gegenüber dem Geld der Frau X nur unbeträchtlich ist.

5. Änderung in der Art und Weise der Tatausführung oder der Tatbeteiligung

Außer den bisher erörterten Momenten kann für die Beurteilung des Tatgeschehens im Rahmen ein- und desselben Straftatbestandes noch die Art und Weise, in der jemand tätig wird, von Gewicht sein. Die Frage, ob Anstiftung oder Beihilfe vorliegt, stellt sich daher ebenfalls, wenn ein Dritter den Tatentschlossenen bestimmt, die Art und Weise der geplanten Tatausführung zu ändern. Die Möglichkeiten solcher Änderungen sind mannigfaltig. Namentlich kommt ein Austausch der Tatmittel in Betracht. Hierher gehören aber auch die Fälle, in denen der Tatentschlossene von einer positiven Handlung zum Untätigbleiben bzw. von der Nichtvornahme einer gebotenen Handlung zum aktiven Tun übergeht, sowie die Fälle, in denen der Tatentschlossene sich anstelle einer täterschaftlichen Beteiligung mit einer Teilnahme begnügt oder umgekehrt von der Teilnahme zur Täterschaft überwechselt. Diesen Fällen kommt sogar eine besondere Bedeutung zu, und zwar deshalb, weil die genannten Verhaltensweisen verschiedenen juristischen Kategorien zugeordnet werden. Das besagt freilich noch nicht, daß sie abweichend von den übrigen Änderungen in der Begehungsweise zu beurteilen sind. Ihre Eigenart macht es jedoch erforderlich, sie gesondert zu behandeln.

a) Positives Tun und Unterlassen

Verschiedentlich wird hervorgehoben, Tathergänge stünden einander nicht mehr gleich, sobald die Straftat einmal durch positives Tun, ein anderes Mal durch Unterlassen begangen werde¹⁾. Auf den ersten Blick könnte diese Meinung

1) So für den Bereich der fortgesetzten Handlung: RGSt 68/315 (316); BGH GA 1955 S.211; OLG Bremen NJW 1955 S.1606(1607); Maurach AT S.632; Schönke-Schröder Rdnr.22 vor § 73. A.A.Jagusch LK Anm.B III 2 f bb vor § 73 (S.590); Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, S.96 Fn.6.

ihre Rechtfertigung in der Ansicht finden, nach der Handeln und Unterlassen völlig verschiedene Formen menschlichen Verhaltens sind,¹⁾ weil das Unterlassen im Gegensatz zum positiven Tun keine Realität besitzt, sondern ein Urteil ist.²⁾

Indes wäre es zu voreilig, allein an dieser Ansicht die Entscheidung des hier zu klärenden Problems auszurichten und etwa aus dem strukturellen Gegensatz zwischen Handeln und Unterlassen Anstiftung herzuleiten, wenn jemand einen anderen, der seiner Pflicht zur Erfolgsabwendung nicht nachkommen und einen drohenden Schaden eintreten lassen will, dazu überredet, dem Schicksal nachzuhelfen und mittels einer positiven Handlung den Erfolg herbeizuführen. Die Entscheidung, ob die vom Dritten bewirkte Tatabweichung gegenüber dem ursprünglich Gewollten selbständiges Unrecht darstellt, kann nicht allein von der strukturellen Beschaffenheit des Verhaltens abhängen. Maßgebend ist vielmehr das Tatgeschehen als Ganzes. Insoweit folgt aber aus dem strukturellen Unterschied zwischen positivem Handeln und Unterlassen noch nicht, daß ein aliud anzunehmen ist, wenn der Täter eine positive Handlung durch ein Untätigbleiben ersetzt bzw. sich umkehrt verhält. Das zeigt sich namentlich in den Fällen, in denen der Gesetzgeber in einem Straftatbestand ein Unterlassen gleichwertig neben eine positive Handlung gestellt hat (vgl. z.B. die §§ 121, 223 b StGB) oder die Auslegung eines Tatbestandes ergibt, daß ein Unterlassen ebenso wie eine Tätigkeit unmittelbar tatbestandsmäßig ist und ihr mithin gleichsteht (so u.a. bei der Untreue und der Rechtsbeugung). Entsprechendes trifft auf die unechten Unterlassungsdelikte zu. Ihre strafrechtliche Bedeutung liegt gerade darin, daß ein Unterlassen dem aktiven Tun gleichgestellt wird und

1) Gallas ZStW Bd.67 S.1(8); Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S.81ff; Schönke-Schröder Vorbem. Rdnr.81; Welzel, Lehrbuch, S.193ff. A.A.Baumann AT S.180ff.; Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem S.13f; Mezger-Blei I S.81ff.

2) Vgl. Schönke-Schröder Vorbem. Rdnr.81 m.w.N.

deswegen der Begehungstatbestand zur Anwendung gelangt. Unterlassen und positives Tun stehen in all diesen Fällen hinsichtlich der Tatbestandsmäßigkeit und des tatbestandlichen Unrechts auf einer Stufe. Sie lassen sich daher nicht ohne weiteres als verschiedene Taten beurteilen, mögen sie auch strukturmäßig etwas anderes sein. Die Frage, ob der Übergang vom positiven Tun zum Unterlassen bzw. umgekehrt eine wesentliche oder unwesentliche Abweichung erfordert, beantwortet sich vielmehr nach den Kriterien, die sonst bei Änderungen innerhalb desselben Straftatbestandes heranzuziehen sind. Entscheidend kommt es hiernach auf die Unrechtsintensität und die Unrechtsrichtung an.

Zunächst ist festzuhalten, daß die Unrechts r i c h t u n g innerhalb der durch den Tatbestand selbst gezogenen Grenzen nicht zwangsläufig verändert wird, wenn der Täter den Deliktserfolg durch positives Tun statt durch Unterlassen oder umgekehrt herbeiführt. Die Begehungsweise ist z.B. nur unwesentlich verändert, wenn die Mutter, die ihr mit hohem Fieber erkranktes Kind sterben lassen will, den bereits bestellten Arzt anruft, er brauche nicht mehr zu kommen, das Kind habe wieder normale Temperatur, statt es überhaupt zu unterlassen, ärztliche Hilfe herbeizuholen. Ebenso wenig ist eine erhebliche Änderung der Unrechtsrichtung zu verzeichnen, wenn der Kunsthändler B, der dem ahnungslosen Sammler S gegenüber eine Rembrandt-Kopie aus dem späten 19. Jahrhundert als echten "Rembrandt" ausgeben will, nach Unterredung mit A statt dessen schweigt in der berechtigten Annahme, S werde das Bild ohnehin für echt halten und von sich aus einen überhöhten Preis bieten.¹⁾

Ferner ergibt sich in der Unrechtsrichtung kein wesentlicher Unterschied, wenn ein Vermögensverwalter, der dem Geschäfts-

1) Näher zu der Abgrenzung von konkludentem Handeln und Unterlassen bei Betrugshandlungen im Bereich des Kunsthandels: Würtenberger NJW 1951 S.176 ff.

herrn einen Vermögensnachteil durch Untätigbleiben zufügen will, dazu bestimmt wird, diesen Nachteil durch eine positive Handlung herbeizuführen, wenn statt der Nichteintragung etwa eine falsche Eintragung in die Geschäftsbücher erfolgt. Desgleichen fehlt es an einer wesentlich abweichenden Unrechtsrichtung, wenn ein Bahnbeamter, der einen Zug mittels eines falschen Signals zum Entgleisen bringen will, dieselbe Wirkung erzielt, indem er das gebotene Signal nicht gibt.¹⁾

Eine Gleichstellung von positivem Tun und Unterlassen läßt sich auch nicht deshalb ablehnen, weil jedes Begehungsdelikt durch Unterlassen - wenn schon nicht in der Unrechtsrichtung, so doch im Unrechtsgehalt - hinter der Tatbestandsverwirklichung durch aktives Tun zurückbleibe.²⁾ Eine solche These trifft in dieser Allgemeinheit nicht zu. Es gibt, wie Schröder mit Recht eingewandt hat,³⁾ Fälle so enger Bindung zwischen Täter und Opfer, daß die Auffassung, jede Unterlassung sei gegenüber dem positiven Tun ein Minus, nicht überzeugen kann. Eine Mutter, die ihr Kind verhungern läßt, be-

-
- 1) Wenig überzeugend ist demgegenüber die Ansicht von Rechtsprechung und Lehre zur fortgesetzten Handlung (vgl. die Nachweise auf S. 102). Abzulehnen ist insbesondere die Entscheidung des OLG Bremen (NJW 1955 S. 1606, 1607), das eine Gleichstellung von Teilakten ablehnt, weil der Täter seine Unterhaltspflicht nach § 172 b StGB einmal durch positives Tun, nämlich durch Aufgabe seiner bisherigen Stellung, zum anderen durch die unterlassene Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses verletzt hatte. Hier hätte ohne unangebrachte dogmatische Rücksichten auf Fortsetzungszusammenhang erkannt werden müssen. So auch Kriesten, Der Fortsetzungszusammenhang, S. 97.
 - 2) So Grünwald GA 1959 S. 110 (112); Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 300ff. m.w.N. A.A. BGH VRS 18/415, 421; Schönke-Schröder Vorbem. Rdnr. 143; vgl. auch die amtliche Begründung zu § 13 E 1962 (S. 126).
 - 3) Schönke-Schröder, aaO.

geht oft schwereres Unrecht als die, welche es schmerzlos umbringt. Auch im Rahmen der Strafvorschriften, in denen das Unterlassen dem positiven Tun tatbestandsmäßig gleichwertig ist, kann das Untätigbleiben in seinem Unrechtsgehalt durchaus dem positiven Handeln gleichkommen. Der Richter, der das Recht durch bewußtes Vorenthalten sachgemäßer Verteidigung beugt, erzeugt kein geringeres Unrecht als der Richter, der mittels eines unrichtigen Beschlusses eine sachgemäße Verteidigung verhindert. Selbst in den Fällen, in denen ein unterschiedlicher Unrechtsgehalt festzustellen ist, scheidet eine Gleichstellung nur dann aus, wenn die Unterlassung erheblich weniger strafwürdig ist als die Erfolgsverursachung durch positives Tun.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß zwischen positivem Tun und Unterlassen keine feste Grenzlinie verläuft, die ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles anzeigt, wann Tathandlungen identisch und wann sie nicht mehr identisch sind. Wer also einen zur Nichtvornahme einer gebotenen Handlung Entschlossenen dazu bestimmt, den erstrebten Erfolg durch positives Tun zu verwirklichen, oder umgekehrt einen Tatentschlossenen dazu überredet, von der positiven Handlung Abstand zu nehmen und statt ihrer den Erfolg durch Untätigkeiten eintreten zu lassen, ist deswegen noch nicht schlechthin als Anstifter anzusehen. Entscheidend bleibt auch hier, ob im Einzelfall die Beeinflussung zu einer erheblichen Unrechtssteigerung bzw. zu einer erheblich abweichenden Unrechtsrichtung führt.

b) Täterschaft und Teilnahme

Im Hinblick auf die Änderung der Ausführungsmodalität ist weiterhin zweifelhaft, ob und inwieweit Taten identisch sind, wenn derselbe Straftatbestand einmal als Täter, ein anderes Mal als Teilnehmer verwirklicht wird. Verschiedentlich wird behauptet, Deliktsverwirklichungen in Form von Allein- und Mittäterschaft stünden sich zwar gleich¹⁾, sobald der Rechtsbrecher aber einerseits als Täter, andererseits als Teilnehmer oder in verschiedenen Formen der Teilnahme handele, liege eine verschiedenartige Begehungsweise vor.²⁾ Es mag dahinstehen, ob dieser Grundsatz, der im Rahmen der fortgesetzten Handlung entwickelt worden ist, für jenen Bereich seine Berechtigung hat.³⁾ Daß sich die Regel jedoch nicht ohne weiteres auf das anstehende Problem übertragen läßt, macht folgender Fall deutlich: X hat dem Y zugesagt, gemeinsam mit ihm einen Einbruch zu begehen. Vor der Tatausführung bestimmt A ihn, von dem allzu risikvollen Plan abzulassen und, um Y nicht zu sehr vor den Kopf zu stoßen, als Ersatz Einbruchswerkzeuge zur Verfügung zu stellen. Geht man von der oben erwähnten Ansicht aus, so hat A

-
- 1) Für den Bereich der fortgesetzten Handlung: RGSt 56/326 (328 f); 56/45(51); RG JW 1937 S.3961.
 - 2) So den Fortsetzungszusammenhang betreffend: RGSt 61/199 (201); 67/130(139); BGH LM Nr.2 zu § 331 StPO; BGH MDR 1966 S.558; Jagusch LK Anm.B III 2 f aa vor § 73 (S.588) unter Hinweis auf BGH 4 StR 485/51 vom 23.5.1952; Maurach AT S.632; Schönke-Schröder Rdnr.32 vor § 73.
 - 3) Der Umstand, daß die h.M. Fortsetzungszusammenhang mit der Begründung ablehnt, Täterschaft und Teilnahme ließen sich einander rechtsgrundsätzlich nicht gleichstellen, dürfte auf der unberechtigten Verallgemeinerung einer RG-Entscheidung (RGSt 61/199(201)) beruhen. Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 111ff.(113).

einen neuen selbständigen Entschluß des C - nämlich den Willen, als Gehilfe statt als Mittäter zu handeln - hervorgerufen. Das Ergebnis ist indes wenig befriedigend, es ist auch sachlich nicht geboten.

Es ist zwar richtig, daß zwischen Täterschaft und Teilnahme sowie zwischen den verschiedenen Arten der Teilnahme wesensmäßige Unterschiede bestehen. Sie sind jedoch nicht von so einschneidender Beschaffenheit, daß ein Wechsel von einer Beteiligungsform zu einer anderen stets zu einer selbständigen, vom ursprünglich Gewollten losgelösten Handlung führt. Übereinstimmende Grundlage sämtlicher Beteiligungsformen ist die kausale Verknüpfung mit dem Enderfolg. Täter und Teilnehmer erscheinen als Angreifer eines Rechtsgutes, wenn auch mit quantitativ unterschiedlichem Gewicht.¹⁾ Die Richtungsgleichheit der verschiedenen Beteiligungsformen wirkt sich u.a. dahin aus, daß die weniger schwere Beteiligungsform in der intensiveren aufgeht, wenn jemand mehrere Beiträge zu einer Tat leistet.²⁾ Stellen Täterschaft und Teilnahme, Anstiftung und Beihilfe aber nur Intensitätsgrade der Rechtsgutverletzung dar, so kann derjenige, der den zur Mittäterschaft - also zur intensiveren Beteiligungsform - Entschlossenen bestimmt, sich mit einer weniger intensiven Gehilfenrolle zu begnügen, nicht Anstifter sein, vorausgesetzt, die ausgeführte Handlung weicht im übrigen nicht

1) H.M.: Für alle: Schönke-Schröder Rdnr.4 vor § 47.

2) Subsidiarität: Baumann AT S.609 f, 572 f; Jagusch LK Anm.C 2 vor § 73 (S.598); Schönke-Schröder Rdnr.61 vor § 73. A.A. Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.413, der auf dem Boden der Schuldteilnahmetheorie die Auffassung vertritt, der besondere Unrechtsgehalt der Anstiftung werde mit der Täterstrafe nicht abgegolten.

erheblich von der ursprünglich geplanten ab. Haben z.B. B und C einen gemeinschaftlichen Diebstahl geplant und überredet A den B, von der Tat zu lassen und an seiner Stelle D für die Tat zu gewinnen, um C nicht zu sehr zu enttäuschen, so kommt für A allenfalls Beihilfe, nicht Anstiftung in Betracht. Der zur täterschaftlichen Begehung entschlossene B ist bereits ein omni modo factururus hinsichtlich der Mitwirkung an der Rechtsgutverletzung, das ihm von A angebotene Verhalten weist insoweit nur eine unwesentliche Änderung auf.¹⁾

Fraglich ist indes, ob die vorgeschlagene Lösung ausnahmslos Platz greift. Einschränkungen sind angesichts folgenden Falles zu erwägen: Die Vermittlungsvertreter B und C haben vor, gemeinsam Geschäfte mit Kunden der von ihnen vertretenen Firma auf eigene Rechnung abzuschließen (§ 266 StGB). A bestimmt nunmehr B, von dem Vorhaben Abstand zu nehmen und, um C entgegenzukommen, statt dessen den bei derselben Firma beschäftigten Kollegen D, der in Geschäften dieser Art nicht unerfahren sei, dem C als Partner zuzuführen. Entgegen

1) Zu einem anderen Ergebnis wird man allerdings bei Zugrundelegung der sog. Schuldteilnahmetheorie gelangen, nach der das Wesen der Teilnahme in der Korruptionierung des Täters, in der Verführung eines anderen zur Begehung einer Straftat zu erblicken ist. Wenn der Rechtsbrecher einmal als Täter das geschützte Rechtsgut, ein anderes Mal die bis dahin gesetzestreue Gesinnung eines anderen verdirbt, so betreffen beide Verhaltensweisen so verschiedene Bereiche, daß sie nicht mehr gleichgestellt werden können. Die nur von einer kleinen Minderheit (Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.318; ders. Rittler-Festschrift S.254 ff; ähnlich Less ZStW Bd.69 S.43) vertretene "Korruptionstheorie" ist jedoch abzulehnen, da sie mit dem geltenden Recht, insbesondere mit dem Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme, nicht in Einklang zu bringen ist. Die Argumente, die Lange 1940 in seiner Schrift "Notwendige Teilnahme" S.49ff gegen die Schuldteilnahmetheorie zusammengestellt hat, gelten auch heute noch. Die in neuerer Zeit aufgetauchten Begründungen der Schuldteilnahmetheorie hat Franzheim, Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat, S.55-57 überzeugend widerlegt.

der oben aufgestellten Regel ist eine Anstiftung des B durch A hier deshalb denkbar, weil die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen möglicherweise jeden Täter höchstpersönlich verpflichtet, täterschaftliche Begehung und Anstiftung eines anderen zu § 266 StGB aus diesem Grunde nicht gleichzustellen sind. Falls nämlich höchstpersönliche, an ein bestimmtes Individuum gebundene Pflichtenkreise in Frage stehen, wird man - entsprechend der Behandlung höchstpersönlicher Rechtsgüter - die den Täter selbst treffende Pflicht nicht mit der einem Dritten obliegenden auf eine Stufe stellen können.

Ob allerdings ein Treueverhältnis, wie es § 266 StGB voraussetzt, höchstpersönliche Pflichten begründet, ist äußerst zweifelhaft. Die Pflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen ist nämlich nicht so eng mit der Person des Betreuers verknüpft, daß sie - ähnlich wie die Bindung des Einzelnen an Leib, Leben und Freiheit - ohne weiteres als höchstpersönlich zu charakterisieren wäre.¹⁾ Daß es fern liegt, in der Vermögensbetreuungspflicht gem. § 266 StGB eine höchstpersönliche Verpflichtung zu erblicken, offenbart die Konsequenz, zu der man bei Zugrundelegung eines höchstpersönlichen Charakters hinsichtlich der Konkurrenzen gezwungen wäre: Grundsätzlich wird die Anstiftung seitens des Täters zur Beteiligung eines anderen an seiner eigenen Tat nicht gesondert erfaßt. Sie tritt hinter die täterschaftliche Begehung zurück. Geht es jedoch bei dem Täter und beispielsweise dem gewonnenen Mittäter um die Verletzung höchstper-

1) Abweichend offenbar Schönke-Schröder, 12. Aufl., § 266 Rdnr. 67, wo Fortsetzungszusammenhang wegen der höchstpersönlichen Natur der Treuepflicht ausgeschlossen wird, wenn verschiedene Personen geschädigt werden. Anders 13. Aufl., § 266 Rdnr. 67, wo Fortsetzungszusammenhang auch bei Verletzung verschiedener Personen zugelassen wird mit der seit der 13. Aufl. - entgegen der h.M. - vertretenen Begründung, Höchstpersönlichkeit der Interessen stehe der Annahme einer fortgesetzten Handlung nicht entgegen (Rdnr. 23a vor § 73).

sönlicher Pflichten, so ist die Anstiftung gegenüber der eigenen Täterschaft nicht nachrangig, weil sowohl die eigene als auch die fremde höchstpersönliche Pflicht verletzt werden. Da jeweils selbständiges Unrecht begründet wird, muß man der Teilnahme an der Pflichtverletzung des anderen ein eigenständiges Gewicht beimessen. Die Kassiererin, die eine Kollegin dazu überredet, sich an dem geplanten Griff in die Kasse als Mittäterin zu beteiligen, müßte also - unterstellt man, § 266 StGB gründe sich auf höchstpersönliche Pflichten - als Täterin nach § 266 StGB in Ideal- oder Realkonkurrenz mit Anstiftung zur Untreue bestraft werden, eine Konsequenz, die nach der herrschenden Verursachungstheorie aber nirgends gezogen wird.

Zu erwägen bleibt, ob nicht andere Pflichten, deren Verletzung strafrechtlich relevant ist, als höchstpersönlich anzusehen sind und deshalb von der Regel, der zur Täterschaft Entschlossene könne zur Teilnahme an demselben Delikt nicht mehr angestiftet werden, eine Ausnahme zu machen ist. Zu denken ist beispielsweise an die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage i.S. der §§ 153 ff StGB. Zur Veranschaulichung der Problematik mag folgender Fall dienen: B, der X zugesagt hat, zu seinen Gunsten als Zeuge unwahr auszusagen und die Aussage durch einen Meineid zu bekräftigen, wird von A dazu bewogen, Y zu der erbetenen Aussage einschließlich des Meineids zu überreden. Erblickt man in der Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Aussage unter Eid eine Pflicht, die jeden Zeugen oder Sachverständigen höchstpersönlich trifft, so ist A wegen Anstiftung zu belangen; verneint man dagegen den höchstpersönlichen Charakter dieser Pflicht, so muß eine Bestrafung des A aus § 48 StGB ausscheiden.

Die Pflicht, unter Eid wahrheitsgemäß auszusagen, wäre sicherlich dann als höchstpersönlich zu bezeichnen, wenn man das

irrationalen Moment des Meineids, das ihm nach seinem religiösen Ursprung innewohnt, als tragenden Schutzgedanken des § 154 StGB anerkennt. Wer "schwört", ruft danach eine höhere Macht als Zeuge der Wahrheit an und verflucht sich selbst, wenn er dabei die Unwahrheit spricht.¹⁾ Der Meineid wird jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht mehr um des Mißbrauchs der sakralen Form willen - diese ist heute nicht einmal obligatorisch -, sondern als Rechtspflegedelikt deshalb unter Strafe gestellt, weil die beeidete Aussage als die bedeutendste und zuverlässigste Form der Beweisaussage gilt.²⁾ Das im Meineid enthaltene irrationale Moment ist daher nicht imstande, die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage unter Eid als höchstpersönliche Verpflichtung auszuweisen.

Damit ist indes noch nicht endgültig festgestellt, daß der Pflicht, die Wahrheit zu sagen, ein höchstpersönlicher Charakter abzusprechen ist. Auch wenn man § 154 StGB ausschließlich als Rechtspflegedelikt begreift, finden sich genügend Anhaltspunkte, die darauf hinweisen, daß das Verbot, durch einen Falscheid die Behörde irrezuführen, jeden Zeugen oder Sachverständigen höchstpersönlich trifft. Zunächst läßt sich die Tatsache, daß § 154 StGB - wie sich aus § 160 StGB ergibt - ein eigenhändiges Delikt ist, das demzufolge nicht in Mittäterschaft oder mittelbarer Täterschaft begangen werden kann³⁾, als Indiz für ein höchstpersönliches Moment werten. Weitere Hinweise auf einen höchstpersönlichen Charakter der Wahrheitspflicht lassen sich aus der Art, wie Konkurrenzfragen im Bereich der Eidesdelikte behandelt werden, entnehmen. Hat man nämlich nur den Angriff auf die

1) Vgl. die Ausführungen über den Strafgrund der Eidesdelikte bei Kohlrausch-Lange Anm.III 3 vor § 153.

2) Für alle: Maurach BT S.636; Schönke-Schröder Rdnr.2 vor § 153; Schwarz-Dreher Anm.1 A vor § 153.

3) Für alle: Schönke-Schröder Rdnr.2 vor § 153; § 154 Rdnr.34.

Rechtspflege im Auge, so müßte in dem Fall, in dem der Meineidige einen anderen anstiftet, in gleicher Weise falsch zu schwören, nur wegen Meineids bestraft werden (Subsidiarität der Anstiftung gegenüber der Täterschaft). Es tritt hier aber die Anstiftung ausnahmsweise nicht hinter die Täterschaft zurück.¹⁾ Ebenso wird Fortsetzungszusammenhang zwischen Anstiftung zum Meineid und dem eigenen Meineid des Anstifters allgemein abgelehnt²⁾, und zwar aus der Erwägung heraus, daß derjenige, der unter Eid der Wahrheit zuwider eine falsche Angabe mache, immer nur seine eigene Pflicht, die Wahrheit zu sagen, verletze, die einem anderen obliegenden Pflicht könne er damit nicht verletzen. Es ist daher der Schluß gerechtfertigt, der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage unter Eid einen höchstpersönlichen Charakter beizumessen mit der Folge, daß der zum Meineid - als Täter - Entschlossene nicht notwendig auch ein "omni modo facturus" hinsichtlich der Anstiftung eines Dritten zu § 154 StGB ist.

Höchstpersönliche Pflichten, deren Verletzung für den strafrechtlichen Unrechtsgehalt wesensbestimmend sind, begründen daher die Besonderheit, daß derjenige, der zur täterschaftlichen Verwirklichung des betreffenden Delikts bereits entschlossen ist, noch zur Teilnahme daran bestimmt werden kann. "Omni modo facturus" ist er nur hinsichtlich der Verletzung der ihm selbst obliegenden Pflicht. Die Verletzung der einen Dritten betreffenden Pflicht stellt für ihn eine andere als die zuvor beschlossene Tat dar, so daß auch der Teilnahme daran selbständige Bedeutung zukommt. Abgesehen von derartigen Ausnahmefällen kann jedoch die Regel aufgestellt werden, daß der zur täterschaftlichen Begehung Ent-

1) RGSt 61/199(201).

2) RGSt 61/199(201); zustimmend Jagusch § 73 Vorbem.B III 2 f bb (S.591); Schönke-Schröder § 154 Rdnr.43; Schwarz-Dreher § 154 Anm.3 G; Welzel, Lehrbuch, S.221.

schlossene nicht mehr zur Teilnahme an demselben Delikt angestiftet werden kann. Wer zur Tatbeteiligung in der intensiveren Form entschlossen ist, ändert seine Mitwirkung an der Tat nur unwesentlich, wenn er zu einer weniger intensiven Beteiligungsart bestimmt wird.

Die bisherigen Betrachtungen beschränkten sich auf den Wechsel von der intensiveren Tatbeteiligung zur weniger intensiven. Auf einem anderen Blatt steht die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn der Rechtsbrecher zu einem Tatbeitrag in der weniger intensiven Teilnahmeform - z.B. Beihilfe - entschlossen ist und der Dritte ihn zu einer stärkeren Beteiligung bestimmt, etwa zur Mittäterschaft. Ist A Anstifter oder Gehilfe, wenn er B, der uneigennützig die Tat seines Freundes unterstützen will, dazu veranlaßt, als gleichberechtigter Partner an der Tat mitzuwirken und auf Teilung von Arbeit und Beute zu drängen?

Hier tauchen entsprechende Fragen wie bei der Übersteigerung des Tatentschlusses vom Grunddelikt zur Qualifikation auf, also wie etwa in dem Fall, in dem der zu einem einfachen Diebstahl Entschlossene bestimmt wird, einen schweren Diebstahl zu begehen. Hier wie dort hat der Gesetzgeber mit Hilfe besonderer Merkmale voneinander abweichende Grade des Unrechts gegenübergestellt. Es liegt mithin nahe, beide Fallgruppen gleich zu beurteilen. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei daher an dieser Stelle auf eine eingehende Behandlung des Problems verzichtet und auf die Ausführungen im Rahmen der Problematik "Grunddelikt - Qualifikation" verwiesen, dem der dritte Hauptteil gewidmet ist. Ohne nähere Begründungen sei hier nur soviel gesagt, daß der Dritte, der den zum weniger intensiven Tatbeitrag Entschlossenen dazu verleitet, sich in einer intensiveren Art an der Tat zu beteiligen, erhöhtes Unrecht zu verantworten hat und demgemäß eine Bestrafung wegen Anstiftung gerechtfertigt ist.

c) Sonstige Änderungen der Begehungsweise

Die bisher behandelten Variationen der Art und Weise des deliktischen Verhaltens bilden nur einen kleinen Ausschnitt aus der Fülle der Abweichungsmöglichkeiten. Sonstige Änderungen können in den mannigfaltigsten Formen und unterschiedlichsten Schweregraden vorkommen. Wegen der Vielfalt möglicher Änderungen ist indes eine ins einzelne gehende Aufgliederung nicht durchführbar. Generell läßt sich jedoch feststellen, daß manche Umgestaltungen der Ausführungsmodalität sich unbedenklich in die Gruppe der unwesentlichen Abweichungen einordnen lassen, andere Umgestaltungen dagegen unverkennbar neues, selbständiges Unrecht begründen. Der Täter mag etwa geplant haben, von der X mittels eines Darlehensschwindels 1.000,-- DM zu erlangen, während er sich auf den Rat seines Freundes hin denselben Betrag mittels der Vorspiegelung von Heiratsabsichten verschafft. Hier ist die psychische Lage zwischen Täter und Opfer in geplantem und ausgeführtem Verhalten so unterschiedlich, daß beide Taten nicht mehr als Variation ein und desselben Betruges anzusehen sind. Die unterschiedliche Art und Weise der Ausführung hat dazu geführt, daß beide Taten hinsichtlich des Unrechts wesentlich voneinander abweichen.¹⁾ Um unerhebliche Veränderungen dürfte es sich dagegen handeln, wenn der Täter als fliegender Händler zunächst maschinell hergestellte Teppiche als handgeknüpfte verkaufen will, nach Beratung mit einem Kollegen an ihrer Stelle jedoch Wolldecken umsetzt, die so geschickt gefaltet sind, daß eine Decke mehrere vor-täuscht. Mit ihrer Hilfe spiegelt er kaufwilligen Hausfrauen

1) Vgl. zu diesem Beispiel einen ähnlich liegenden Fall, für den das RG (DJ 1939 S.307) die Gleichartigkeit der Einzelakte im Rahmen einer Fortsetzungstat abgelehnt hat: Es handelte sich einmal um den Fall einer Zechprellerei, zum anderen um einen Darlehensschwindel und schließlich um die Erlangung von Fahrrädern durch die Vorspiegelung, sie für den Eigentümer verkaufen zu wollen.

vor, sie erhielten mehrere Decken unter Einräumung eines Mengenrabattes.

Änderungen in der Art und Weise der Ausführung lassen sich jedoch keineswegs immer so einfach beurteilen. Ob eine Änderung der Begehungsweise ins Gewicht fällt oder unerheblich ist, hängt wesentlich von den sonstigen Umständen des Falles ab. So kann eine Verbrechensausführung, die mit der Gefahr eines größeren Schadens und dementsprechend mit einer Unrechtssteigerung verbunden ist, in dem einen Fall ohne Auswirkung auf die Tatidentität bleiben, während sie in dem anderen bereits zu einer selbständigen Tat führt. Als Anhaltspunkte für Fälle dieser Art mag die Regel gelten, daß bei der Bejahung der Tatidentität umso größere Zurückhaltung geboten ist, je deutlicher die unterschiedlichen Ausführungsmodalitäten ein Rechtsgut verletzen, das als Persönlichkeitswert anzusprechen ist, während bei Angriffen auf Sachwerte mehr Großzügigkeit angebracht ist.¹⁾ So ist man bei Abweichungen im Bereich der Körperverletzungsdelikte eher geneigt, eine erhebliche Unrechtsvertiefung bei einer Änderung der Ausführungsart anzunehmen, als es etwa bei Vermögensdelikten der Fall ist. Ist der Chirurg B entschlossen, die Patientin X gegen ihren Willen zu operieren, führt er nach Besprechung mit seinem Kollegen A die Operation aber nicht in der herkömmlichen, sondern in einer noch unerprobten Operationstechnik aus, so dürfte die auf A zurückgehende Unrechtssteigerung bereits ausreichen, zu einer anderen Tat und dementsprechend zur Anstiftung zu führen. Dagegen besteht noch kein Anlaß, von einer selbständigen Tat zu sprechen, wenn der Dritte zu einer Ausführungsart rät, die gegenüber der zunächst vorgesehenen mit der Gefahr eines größeren Vermögensschadens verbunden ist. Wenn der zum Betrug gegenüber X entschlossene B sich von X anstelle eines Schecks über 1.000,-- DM auf Anraten des Dritten einen

1) So verallgemeinernd Cramer JZ 1966 S.32; ebenso hinsichtlich der Gleichartigkeit der Einzelakte im Rahmen der fortgesetzten Handlung: Maurach AT S.634.

Blankoscheck geben läßt, den er - der B - über dieselbe oder annähernd dieselbe Summe ausfüllt, wird man noch nicht von einer anderen Tat sprechen können.

Mehr als Anhaltspunkte dieser Art lassen sich angesichts der Vielfalt denkbarer Veränderungen indes nicht geben. Insoweit kann erst nach Berücksichtigung sämtlicher Umstände entschieden werden, ob eine Änderung in der Art und Weise der Ausführung zu einer anderen Tat führt, die auf Seiten des Dritten Anstiftung begründet, oder aber die Identität der Tat erhalten bleibt und demgemäß Beihilfe anzunehmen ist.

6. Veränderung der Tatmotive und Tatziele.

Kurz zu beleuchten bleiben auch die Fälle, in denen ein Dritter beim Täter eine Änderung der Tatmotive oder des Tatzieles hervorruft.

Vorausgeschickt werden kann die Feststellung, daß die Einheitlichkeit des Beweggrundes oder des Zieles bei der geplanten und der begangenen Handlung - selbst wenn das Ziel noch so fest umrissen ist - allein noch keine Tatidentität begründet. Maßgeblicher Ansatzpunkt für die Beurteilung, ob Abweichungen wesentlich oder unwesentlich sind, hat stets die Tat als solche zu sein, und zwar die gesamte Tat. Wie unerheblich die Einheitlichkeit des Beweggrundes bzw. des erstrebten Zieles ist, zeigt sich besonders deutlich bei Motiven und Zielen, die im gesetzlichen Tatbestand keine Berücksichtigung gefunden haben. So kann etwa der Wunsch, sich an der Familie F zu rächen, keine Tatidentität herbeiführen, wenn der Täter ursprünglich den Vater verleumden wollte, nach Beeinflussung durch den Dritten aber die Tochter bloßstellt. Aber auch das unveränderte Ziel, das sich auf einen im gesetzlichen Tatbestand erwähnten Erfolg erstreckt, läßt allein keinen Schluß auf identische Taten zu. Der Täter, der ausschließlich in der Absicht handelt, sich auf Kosten des X einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, faßt trotzdem einen neuen Betrugsentschluß, wenn er die geplante Zechprellerei durch einen Darlehensschwindel ersetzt.

Aus dieser Feststellung folgt indes noch nicht die völlige Bedeutungslosigkeit der Motive und Tatziele im Rahmen der Frage, ob Abweichungen vom ursprünglichen Plan das tatsächliche Geschehen von ihm lösen und zu einer selbständigen Tat stempeln. Anders kann es sich möglicherweise verhalten, wenn der Beweggrund zur Tat oder deren Ziel sich verändert hat, mögen auch die geplante und die ausgeführte Tathandlung gleich-

wertig sein. Soweit allerdings Motive und Tatziele dem Tatgeschehen kein anderes Gepräge verleihen, sind sie belanglos. Will der Täter z.B. zunächst den geplanten Diebstahl nur deshalb begehen, um Mittel zur Heilung seiner erkrankten Kinder aufzutreiben, führt er den Diebstahl dann aber auf Druck eines Bekannten mit dem Ziel aus, den Gewinn anschließend gemeinsam auf der Reeperbahn zu "verjubeln", so ist mit einem solchen Wechsel des Tatzieles - da er sich auf die Tat als solche nicht auswirkt - die Tatidentität nicht aufgehoben. Eine Anstiftung zum Diebstahl scheidet demnach aus. Für diese Beurteilung der Rechtslage spricht übrigens auch der Umstand, daß es gleichgültig sein muß, ob der Bekannte den Dieb vor oder nach der Tat dazu verleitet, die Beute einem anderen Zweck zuzuführen.

Eine andere Beurteilung ist jedoch angebracht, wenn Motive und Tatziele sich derart auswirken, daß die Tat ein anderes Gepräge erhält. Das ist der Fall, wenn Tatmotiv und -ziel sich in der Tat als solcher irgendwie niederschlagen. Allerdings wird man selten Fälle antreffen, in denen ausschließlich die Auswechslung des Tatmotivs oder des Tatziels der Gesamttat einen anderen Charakter verleiht. Regelmäßig geben Ziel und Motiv erst in Verbindung mit anderen Tatelementen dem Tatgeschehen das Gepräge. Will der Täter beispielsweise als Kunstliebhaber ein Gemälde stehlen, nimmt er aber nach Beratschlagung mit A statt dessen Lebensmittel für seinen Unterhalt weg oder Geld, um sich zu vergnügen¹⁾, so bestehen keine Bedenken, jeweils eine andere Tat anzunehmen, selbst wenn die unterschiedlichen Verbrechenobjekte allein eine Gleichstellung nicht ausschließen. Daß hier Taten unterschiedlicher Unrechtsrichtung vorliegen, beruht daher wesentlich auch auf der veränderten Motivationslage bzw. den abweichenden Zielvorstellungen des Täters.

1) Vgl. die Beispiele zur Fortsetzungstat bei Geerds, Die Lehre von der Konkurrenz, S.306.

7. Veränderung mehrerer Tatelemente

Die bisherigen Betrachtungen erstrecken sich jeweils auf einzelne vom Tatplan abweichende Tatmerkmale. Denkbar ist aber auch, daß ein Dritter den Tatentschlossenen dazu anregt, mehrere Veränderungen seines Tatplanes vorzunehmen. Soweit eine von ihnen wesentlicher Art ist, gilt nichts Besonderes. Allein diese eine wesentliche Abweichung stellt die Selbstständigkeit des Ausgeführten gegenüber dem anfangs Gewollten her, so daß der Dritte als Anstifter zur Verantwortung zu ziehen ist.

Schwieriger wird jedoch die Beurteilung, wenn jedes veränderte Moment für sich allein als unwesentliche Umwandlung des Tatplanes zu betrachten ist. Verfehlt wäre es, insoweit auf die einzelnen Momente abzuheben. Eine sachgerechte Entscheidung läßt sich nur fällen, wenn man die Veränderungen einer Gesamtbeurteilung unterzieht. Aus der Gesamtbeurteilung kann sich dann ergeben, daß alle veränderten Momente zusammen dem vom ursprünglichen Tatplan abweichenden Geschehen selbständigen Gehalt verleihen und daß dementsprechend das Verhalten des Dritten als Anstiftung zu werten ist. Als Beispiel stelle man sich vor, jemand hat beschlossen, das Schaufenster eines Radiogeschäftes in der Stadt X auszuräumen, auf Veranlassung eines Dritten schließt er sich aber einer Diebesgruppe an, die in der Stadt Y in ein Privathaus einbrechen und dort Schmuck erbeuten will. Hier dürften geplante und ausgeführte Handlung so weit auseinanderfallen, daß ursprünglicher und später verwirklichter Entschluß nicht mehr gleichstehen.

Es ließen sich noch etliche andere Beispiele bilden. Sie würden indes keinen weiteren Aufschluß für die Gesamtbeurteilung vermitteln. Namentlich ließen sich aus ihnen keine allgemeinen Grundsätze ableiten, nach denen diese Fallgruppe

in unselbständige und selbständige Veränderungen aufgegliedert werden kann. Einer besonderen Systematisierung ist dieser Bereich nicht zugänglich. Es läßt sich vielmehr im wesentlichen nur an Hand der konkreten Umstände des Einzelfalles entscheiden, ob der Dritte zu einer anderen Tat angestiftet oder lediglich als Gehilfe zur Veränderung der bereits beschlossenen beigetragen hat.

Zusammenfassung

Die Anwendung der eingangs herausgearbeiteten Bewertungsfaktoren, Anstiftung eines Tatentschlossenen sei nur möglich, wenn in ihm ein neuer, auf eine andere Tat gerichteter Entschluß hervorgerufen werde, gleichgültig, ob die Andersartigkeit auf einer Veränderung des Grades oder der Richtung des anfangs gewollten Unrechts beruhe, hat in den verschiedenen Fallgruppen zu folgenden Ergebnissen geführt:

Geht eine Auswechslung des Tatortes auf den Dritten zurück, so kann diese Tatsache allein niemals die Identität von geplanter und ausgeführter Tat berühren (S.60ff.). Die gleiche Bewertung greift in der Regel Platz, wenn eine Veränderung des Zeitpunktes der Tat in Frage steht (S.53ff.). Allerdings sind hier Ausnahmen, in denen die Annahme von Anstiftung gerechtfertigt ist, denkbar, die sich allerdings nicht abstrakt, sondern nur an Hand des konkreten Einzelfalles bestimmen lassen (S.57ff.). Zu einer neuen selbständigen Tat führt ebenfalls nicht der Austausch von annähernd gleichwertigen Verbrechensgegenständen im Rahmen von Vermögensdelikten (S.95ff.) oder die Auswechslung des mit der Straftat erstrebten Endziels (S.118f.) sowie der Wechsel zwischen Tun und Unterlassen (S.102ff.). Regelmäßig ist auch der Wechsel von täterschaftlicher Begehung zur Teilnahme ohne Einfluß auf die Identität der zu vergleichenden Taten (S.107ff.). Die Veränderung der genannten Elemente reicht in der Regel nicht aus, den Dritten wegen Hervorrufung eines neuen Tatentschlusses als Anstifter nach § 48 StGB zur Verantwortung zu ziehen. Sein Beitrag hat nur eine Modifizierung des vom Täter aus eigenem Antrieb gefaßten Entschlusses zur Folge gehabt, so daß allenfalls eine Bestrafung wegen psychischer Beihilfe zur begangenen Tat gerechtfertigt ist.

Zu einer anderen Bewertung gelangt man allerdings, wenn der Dritte den zur Verletzung immaterieller Rechtsgüter entschlossenen Täter zur Auswechslung des Opfers bestimmt hat (S.63ff.). Entsprechendes hat zu gelten, wenn eine Auswechslung solcher Personen erreicht wird, die Träger höchstpersönlicher Pflichten sind. In Fällen dieser Art vermag auch ein Übergang von der Täterschaft zur Teilnahme eine wesentliche Änderung des Geschehens zu begründen (S.109ff.). Im Rahmen von Vermögensdelikten verdienen darüberhinaus die Fälle besondere Beachtung, in denen der Dritte mit Erfolg auf Ersatz eines geringwertigen Verbrechensgegenstandes durch einen hochwertigen gedrängt hat (S.95ff.). In allen diesen Fällen hat der Dritte einen neuen, anderen Tatentschluß im Haupttäter hervorgerufen, so daß seiner Bestrafung als Anstifter nichts im Wege steht.

Dritter Teil

Geplante und begangene Tat stehen im Verhältnis:
Grunddelikt - Qualifikation

Eine weitere Gruppe, die zu der Untersuchung, wie die Beeinflussung eines Tatentschlossenen zu werten ist, Anlaß gibt, bieten die Fälle, in denen der Dritte den Täter zur Tatbegehung unter qualifizierenden Umständen bestimmt. Als Ausgangspunkt für eine Erörterung mag folgendes Beispiel dienen:

B ist entschlossen, der Ladeninhaberin L, einer alten Frau von über 80 Jahren, unter Gewaltanwendung Geld wegzunehmen (§ 249 StGB). Sein Freund F rät ihm, sicherheitshalber einen Knüttel mitzunehmen. Unter Mitführung dieser Waffe begeht B daraufhin die Tat (§ 250 I Ziff.1 StGB).

Ist A Anstifter oder Gehilfe zu einem schweren Raub?

Während die bisher erörterten Probleme im Zusammenhang mit der Anstiftung eines Tatentschlossenen von Rechtsprechung und Lehre nur beiläufig gestreift wurden, hat sich an der Problematik dieser Fallgruppe, bei der also geplante und begangene Tat im Verhältnis: Grunddelikt - Qualifikation stehen, ein lebhafter Streit entzündet.¹⁾ Anlaß gab - wie in der Einleitung bereits angedeutet - das Urteil des BGH vom 3.6.1964.²⁾ Der BGH hatte den oben wiedergegebenen Sach-

1) BGHSt 19/339; Baumann AT S.554f.; Busch LM Nr.25/26 zu § 48; Cramer JZ 1965 S.31; Grünwald JuS 1965 S.313,315; Maurach AT S.583; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4a; Welzel, Lehrbuch, S.112.

2) BGHSt 19/339 = JZ 1965 S.30.

verhält zu beurteilen, also zu entscheiden, ob Anstiftung gegeben ist, wenn A dem ursprünglich zum einfachen Raub entschlossenen B rät, statt des einfachen Raubes einen Raub mit Waffen zu begehen. Die damit angesprochene Problematik berührt zwar in erster Linie Grunddelikte und darauf beruhende Qualifizierungen, sie bezieht aber auch die Tatbestände mit ein, die gegenüber dem Grunddelikt mehr oder weniger selbständige Abwandlungen mit höherem Unrechtsgehalt oder gar Sonderdelikte darstellen (z.B. § 249 StGB gegenüber § 242 StGB¹⁾).

Der BGH kommt in der angeführten Entscheidung zu dem Ergebnis, daß der Dritte, der den schon zur Tat nach § 249 StGB Bereiten dazu bestimme, eine Waffe zu verwenden, den Tatentschluß erheblich übersteigert habe und daher als Anstifter zu einem schweren Raub zu bestrafen sei. Ergebnis und Begründung des Urteils sind jedoch auf Widerspruch gestoßen. Insbesondere Cramer hat unter Begründung des entgegengesetzten Ergebnisses starke Bedenken angemeldet.²⁾

Bedenken gegen die Auffassung des BGH lassen sich in der Tat nicht von vornherein von der Hand weisen. Da lediglich die qualifizierenden Umstände auf den Dritten zurückgehen, drängt sich bei unbefangener Betrachtung zunächst der Gedanke auf, den Dritten allein für das "Mehr" als Anstifter haftbar zu machen. Diese Möglichkeit ist allerdings ausgeschlossen, sollte sich die Übersteigerung des Tatentschlusses nicht gesondert erfassen lassen. Soweit sich das vom Dritten hervorgerufene "Mehr" nicht getrennt beurteilen läßt, d.h. losgelöst von dem vor der Einflußnahme bereits Beschlossenen, bleiben nur der vom BGH und der von Cramer

1) Vgl. zum Charakter des Raubes als Sonderdelikt gegenüber § 242 StGB Maurach AT S.236; Schönke-Schröder § 241 Rdnr.1.

2) In seiner Anmerkung zu dem oben angeführten Urteil des BGH, JZ 1965 S.31f.

eingeschlagene Weg als theoretisch gangbar übrig: Es besteht dann einmal die Möglichkeit, mit dem BGH den Bestimmenden wegen Anstiftung zum Gesamtkomplex zu bestrafen. Zum anderen ist die von Cramer markierte Richtung denkbar, den Einflußnehmenden - weil er den bereits bestehenden Entschluß des Haupttäters nur geringfügig beeinflußt habe - nicht als Anstifter, sondern allenfalls als Gehilfe zu der qualifizierten Tat zu erfassen. Zu klären ist mithin, welche dieser Möglichkeiten die sachgerechteste Beurteilung der Täterbeeinflussung durch den Dritten gewährt.

A. "Differenzierte" Haftung des Einflußnehmenden

1. Gesonderte Erfassung des vom Dritten hervorgerufenen "Mehr" für sämtliche Fälle einer Übersteigerung des Tatentschlusses um qualifizierende Merkmale.

Die sauberste Lösung, die zudem eine Auseinandersetzung mit der Ansicht des BGH und der gegenteiligen Auffassung Cramers überflüssig machte, wäre freilich, im Strafausspruch zum Ausdruck zu bringen, daß der Dritte nur einen Teil des Tatentschlusses im Täter hervorgerufen hat. Auf den ersten Blick scheint folgende Konstruktion alle Schwierigkeiten zu beheben: Würde man den Dritten wegen Beihilfe zum Grunddelikt in Idealkonkurrenz mit Anstiftung zur Qualifikation bestrafen, ließe der Urteilstenor erkennen, daß der Betreffende nur Anstifter hinsichtlich des qualifizierten Tatbestandes - im Ausgangsfall des schweren Raubes - sein kann und daß der Haupttäter vor der Beeinflussung durch den Dritten bereits als "omni modo facturus" zur Begehung des Grunddelikts - im Ausgangsfall also zur Tat des § 249 StGB - fest entschlossen war.

Gewonnen wäre mit dieser Konstruktion freilich wenig. Man hätte nämlich die Frage, ob das Verhalten des Dritten unter § 48 StGB oder § 49 StGB zu subsumieren ist, nur vor sich hergeschoben, nicht aber gelöst. Vor die Entscheidung gestellt, ob die Möglichkeit der Strafmilderung entsprechend den Versuchsgrundsätzen, die nur dem Gehilfen zugute kommt, besteht oder nicht, müßte man doch überlegen, ob der Rechtsprechung oder der Meinung Cramers zu folgen wäre. Andernfalls machte man sich - da bei einer Bestrafung aus §§ 49/249 StGB in Idealkonkurrenz mit §§ 48/250 StGB das schwerere Delikt den Ausschlag gibt - kritiklos die Auffassung des BGH

zu eigen, nach der sich der Strafraum nach den §§ 48/250 StGB bestimmt. Dem gleichzeitigen Hinweis auf die §§ 49/249 StGB fiele nur die Aufgabe zu, f o r m e l l den Teil zu kennzeichnen, den der Dritte nicht zu verantworten hat.

Darüberhinaus ist äußerst zweifelhaft, ob Idealkonkurrenz zwischen Beihilfe zum Grunddelikt und Anstiftung zur darauf aufbauenden qualifizierten Tat überhaupt zu bejahen ist. Da einerseits die Beihilfe der Anstiftung gegenüber subsidiär,¹⁾ andererseits die Qualifikation gegenüber dem Grunddelikt lex specialis ist²⁾ - also auch im Verhältnis von § 250 StGB gegenüber § 249 StGB -, liegt es näher, statt Idealkonkurrenz nur Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang der Anstiftung zu § 250 StGB anzunehmen.³⁾

Damit dürfte feststehen, daß eine gesonderte Erfassung der auf den Dritten zurückgehenden Übersteigerung des Tatentschlusses mit einer Konstruktion, die für a l l e Fälle dieser Gruppe Gültigkeit beansprucht, nicht möglich ist.

- 1) Baumann AT 608f., 572f.; Jagusch LK Anm.C 2(S.598) vor § 73; Schönke-Schröder Rdnr.61 vor § 73.
- 2) Geerds, S.195; Jagusch LK C 1(597f.) vor § 73; Schönke-Schröder Rdnr.64 vor § 73.
- 3) In bestimmten Sonderfällen wird für die täterschaftliche Begehung allerdings Idealkonkurrenz angenommen, insbesondere wenn die qualifizierte Tat nur angestrebt, jedoch nicht voll verwirklicht wird, wohl aber das Grunddelikt, z.B. § 242 StGB in Idealkonkurrenz zu §§ 43/243 StGB oder §§ 48/242 StGB in Idealkonkurrenz zu §§ 49a/243 StGB. H.M. Vgl. BGHSt 9/131(135); Baumann AT S.588; Maurach AT S.600; Mezger-Blei I S.286; Schönke-Schröder § 49a Rdnr.6; § 243 Rdnr.67; Schwarz-Dreher § 49a Anm.5C. A.A. Kohlrausch-Lange § 49a Anm.VI; Egon Schneider NJW 1956 S.1365.

Auch hinsichtlich der Beeinflussung eines Tatentschlusses ist ein derartiger Sonderfall denkbar. Man vergegenwärtige sich etwa folgenden Fall: B will aus der Wohnung des X, zu der er freien Zugang hat, Schmuck entwenden. A überredet ihn, sich der im Schreibtisch aufbewahrten wertvollen Briefmarkensammlung zu bemächtigen. Er übergibt B zu diesem Zweck einen Dietrich und ein Stemmeisen, damit B hiermit den Schreibtisch öffnen kann. Wider Erwarten findet B, als er den Dietrich in das Schloß des Schreibtisches steckt, diesen unverschlossen vor. Hier ist A - wenn man die unten (S.151ff.) vertretene Auffassung zugrundelegt und den Dritten, der den Tatentschluß um qualifizierende Umstände erweitert hat, als Anstifter der Gesamttat ansieht - aus §§ 49/242 StGB in Idealkonkurrenz mit §§ 48/43/243 StGB zu bestrafen.

2. "Differenzierte" Haftung für die Fälle, in denen sich das vom Dritten hervorgerufene "Plus" unter einen eigenen Straftatbestand subsumieren läßt.

Nach den vorangegangenen Erörterungen ist aber noch nicht geklärt, ob nicht zumindest für einen Teil der Fälle, die durch einen Wechsel vom Grunddelikt zur qualifizierten Tat gekennzeichnet sind, eine Lösung vorstellbar ist, nach der jemand, der einen Tatentschlossenen zu etwas Zusätzlichem überredet, wegen des überschießenden Teils als Anstifter zu belangen ist. Zu denken ist dabei an die Sachverhalte, in denen sich das vom Einflußnehmenden hervorgerufene qualifizierende Mehr als solches unter einen besonderen gesetzlichen Tatbestand subsumieren läßt. Der eingangs erwähnte, vom BGH entschiedene Fall scheidet allerdings von vornherein für eine solche Lösung aus, da zur strafrechtlichen Beurteilung des Dritten nur die Tatbestände "einfacher Raub" und "schwerer Raub (mit Waffen)" zur Verfügung stehen. Ein eigener Straftatbestand für das qualifizierende Merkmal des § 250 I Nr.1 StGB als solches existiert nicht, es sei denn, der Täter hat gegen das Waffengesetz verstoßen.

Man stelle sich aber nur vor, daß jemand den zum einfachen Diebstahl nach § 242 StGB Entschlossenen zur Begehung eines schweren Diebstahls nach § 243 I Nr.2 StGB durch den Rat-schlag bestimmt, ein Fenster einzuschlagen und dann unter Betreten des dahinterliegenden Raumes die in Aussicht genommenen Sachen zu entwenden. Hier ist zu erwägen, ob nicht mit einer Bestrafung wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung und zum Hausfriedensbruch das strafwürdige Verhalten des Dritten abgegolten ist. Die entsprechende Frage erhebt sich, wenn der zum Diebstahl nach § 242 StGB entschlossene Täter zur Anwendung von Raubmitteln im Sinne des § 249 StGB bestimmt

wird, die für sich genommen eine Nötigung nach § 240 darstellen.¹⁾ Auch hier ist zu überlegen, ob es nicht ausreicht, den Dritten ausschließlich wegen Anstiftung zu der im Raub enthaltenen Nötigung zu bestrafen.²⁾ So befriedigend eine Lösung dieser Art auf den ersten Blick sein mag, so groß sind jedoch die Bedenken, die bei näherer Betrachtung einmal vom Ergebnis her, zum anderen aus Gründen, die in der Natur zusammengesetzter Delikte liegen, geltend gemacht werden müssen.

Bei näherer Betrachtung stellt sich nämlich heraus, daß eine gesonderte Erfassung im Ergebnis keineswegs so zufriedenstellend ist, wie es zunächst den Anschein hat. Ob eine Herauslösung des auf den Dritten zurückgehenden "Mehr" rechtlich möglich ist oder nicht, hängt mehr oder minder von einem Zufall ab, und zwar davon, ob die angeratene Verhaltensweise bereits - für sich allein betrachtet - unter Strafe gestellt oder erst in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen strafrechtlich relevant ist. Ein sachlich berechtigtes Unterscheidungsmerkmal für die Verantwortlichkeit des Dritten ist mit der Möglichkeit, den überschießenden Teil als solchen selbständig zu erfassen, nicht gegeben.

1) Ähnliche Überlegungen sind u.a. für die §§ 175a Ziff.1, 178, 239 Abs.2, 251 und 307 StGB am Platze.

2) Anstiftung hinsichtlich des "Mehr", soweit es selbständig erfaßbar ist, nehmen Cramer (aaO., S.32), Schönke-Schröder (§ 48 Rdnr.4a) und Welzel, Lehrbuch, S.112 an, allerdings in Idealkonkurrenz mit psychischer Beihilfe zu der ausgeführten Tat. Wer von einem geplanten bzw. ausgeführten Raubüberfall erfährt und die Täter bittet, das Opfer, mit dem er verfeindet ist, körperlich zu mißhandeln, habe zur Körperverletzung angestiftet (Cramer, aaO., S.32), die jedoch idealiter mit psychischer Beihilfe zu § 250 StGB oder § 251 StGB konkurriere (Schönke-Schröder § 48 Rdnr. 4a). Vgl. hierzu unten S.134. Demgegenüber geht es hier zunächst allein um die Frage, ob - bezogen auf den von Cramer angeführten Fall - ausschließlich mit einer Bestrafung wegen Anstiftung zur Körperverletzung das vom Dritten gesetzte Unrecht abgegolten ist.

Das zusätzliche Unrecht, das auf den Dritten zurückzuführen ist, weicht nicht erheblich voneinander ab, je nachdem, ob das qualifizierende "Mehr" für sich allein einen eigenen Straftatbestand erfüllt oder nicht. Nach dem Grad des hervorgerufenen Unrechts besteht z.B. kein Unterschied, ob der Dritte den zum einfachen Diebstahl bereits Entschlossenen nun zum Einbruchsdiebstahl (§ 243 I Nr.2 StGB) bestimmt oder ob er ihm die Benutzung eines Nachschlüssels (§ 243 I Nr.3 StGB) oder eine Waffe (§ 243 I Nr.5 StGB) empfiehlt. Im letzten Fall müßte der Dritte, da eine gesonderte Erfassung nicht möglich ist, andererseits sich aber auch keine völlige Straflosigkeit befürworten läßt, aus § 243 StGB bestraft werden - ob als Anstifter oder Gehilfe kann hier noch dahinstehen -, während er im ersten Fall mit einer Bestrafung aus den §§ 48/123,303 StGB davonkäme.

Vor allem aber scheitert eine "differenzierte" Haftung an Gründen, die in der Natur der zusammengesetzten Delikte liegen. Wer eine gesonderte Erfassung für möglich hält, geht stillschweigend davon aus, daß sich der Unrechtsgehalt des schweren Diebstahls nach § 243 I Nr.2 StGB in der Summe aus einfachem Diebstahl, Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung erschöpft. Gegen diese Annahme spricht zunächst einmal die Tatsache, daß ein Einbruchsdiebstahl zwar regelmäßig, keinesfalls aber naturnotwendig mit einer Sachbeschädigung und einem Hausfriedensbruch verbunden ist. Es sind durchaus Fälle denkbar, in denen weder § 123 StGB noch § 303 StGB gleichzeitig erfüllt sind. Öffnen etwa Handwerker während der Arbeit im Hause des Auftraggebers gewaltsam dessen Schreibtisch, ohne diesen zu beschädigen, und entnehmen ihm Aktien und sonstige Wertpapiere, so ist mit diesem schweren Diebstahl i.S. des § 243 I Nr. 2 StGB keine Sachbeschädigung und ebenso wenig ein Hausfriedensbruch verknüpft. Kann aber ein Einbruchsdiebstahl auch ohne Verstoß gegen §§ 123,303 StGB begangen werden, so ist dies bereits ein Zeichen dafür, daß mit der Aneinanderreihung von Diebstahl, Hausfriedensbruch

und Sachbeschädigung der spezifische Unrechtsgehalt eines Einbruchsdiebstahls nicht zur Genüge bestimmt ist.¹⁾

Als weiteres Argument dafür, daß Einbruchsdiebstahl und Raub aus mehr als der Summe von Diebstahl, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch bzw. der Summe aus Diebstahl und Nötigung bestehen, lassen sich die unterschiedlich einschneidenden Straffolgen heranziehen. Bedeutete z.B. § 249 StGB nichts anderes als das in einem besonderen Tatbestand erfaßte Zusammentreffen eines Diebstahls und einer Nötigung, so wäre kaum verständlich, warum jede Vorschrift für sich genommen ein Vergehen, verschmolzen in einem besonderen Tatbestand aber ein Verbrechen darstellt. Ebenso unerklärlich bliebe der sprunghafte Anstieg der Strafdrohung, die sich - auf die für die Praxis besonders wichtige Mindeststrafe bezogen - von keiner speziellen Begrenzung in den § 242, 240 StGB auf sechs Monate Gefängnis in § 249 StGB erhöht, eine Erscheinung, die auch im Verhältnis von §§ 242, 123, 303 StGB gegenüber § 243 StGB (drei Monate Mindeststrafe) zu beobachten ist. Diese Überlegungen lassen erkennen, daß durch die Zusammenfassung von Diebstahl, Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung in § 243 I Nr. 2 StGB einerseits und durch die Verschmelzung von Diebstahl und Nötigung in § 249 StGB andererseits ein rechtliches Einheitsgefüge neuer Wertstufe entsteht, dessen Wesen durch eine Zusammenfassung der Einzelunrechtsgehalte nicht voll erfaßt wird.²⁾ Während beim Raub die Brutalität und Gefährlichkeit, die der Täter in der gewalttätigen Art und Weise des Beutemachens zeigt, zur Folge hat, daß die gewaltsame Wegnahme den Unrechtsgehalt des Diebstahls einschließlich des der Nötigung erheblich übersteigt, führt in § 243 I Nr. 2 StGB die erhöhte verbrecherische Energie des Täters, die in der Überwindung

1) Hiervon geht anscheinend auch Maurach AT S. 583 aus.

2) Vgl. Maurach BT S. 236; Grünwald JuS 1965 S. 313.

besonderer den Gewahrsam schützender Hindernisse hervortritt, dazu, einen erhöhten Unrechtsgehalt gegenüber der Summe des in den §§ 242, 303, 123 StGB enthaltenen anzunehmen.

In anderer Hinsicht ist man durchaus konsequent von dieser Auffassung ausgegangen. So soll etwa derjenige, der einen anderen zu einem Raub auffordert, wegen Anstiftung zum Diebstahl nach den §§ 48/242 StGB in Idealkonkurrenz mit versuchter Anstiftung zum Raub nach den §§ 49a/249 StGB zu bestrafen sein, wenn der Aufgeforderte sich nur zur Begehung eines Diebstahls hat verleiten lassen.¹⁾ Ginge man von der Ansicht aus, der Raub ließe sich ohne weiteres in Diebstahl und Nötigung aufspalten, müßte eine Bestrafung aus §§ 49a/249 StGB außer Betracht bleiben. Dem Auffordernden ist es nur gelungen, den Aufgeforderten zum Diebstahl zu bestimmen; der Plan, ihn zugleich zur Nötigung zu bewegen, ist im Versuchsstadium steckengeblieben. Versuchte Anstiftung nach § 49a StGB setzt aber als angesonnene Tat ein Verbrechen voraus, ein Erfordernis, das die Tat nach § 240 StGB, die nur ein Vergehen darstellt, nicht erfüllt. Wenn trotzdem aus §§ 49a/249 StGB bestraft wird, so läßt sich das Ergebnis nur unter dem Gesichtspunkt vertreten, daß die im Raub enthaltenen Einzeldelikte zu einer Einheit mit eigenem Unrechtsgehalt verschmolzen sind, von der sich der einzelne Teil nicht ohne weiteres lösen läßt.²⁾

Eine Haftung des Dritten in dem Sinn, ihn nur wegen Anstiftung zu dem hervorgerufenen "Mehr" - soweit dies einen eigenen Tatbestand erfüllt - zu belangen, hat demnach auszuscheiden. Zu erwägen bleibt indes, ob der Vorschlag, den

1) Vgl. dazu Baumann JuS 1963 S.134 in Einklang mit der h.M. Siehe dazu S.128 Fn.3.

2) So im Ergebnis - wenn auch ohne Begründung - Baumann JuS 1963 S.126, 130; Grünwald JuS 1965 S.313.

Dritten wegen Beihilfe zur qualifizierten Tat u n d wegen Anstiftung zum selbständig erfaßbaren "Mehr" zu bestrafen¹⁾, eine sachgerechte Lösung bietet. Soll also der Dritte, der den zum einfachen Diebstahl entschlossenen Täter zur Begehung eines Einbruchdiebstahls nach § 243 I Nr.2 StGB bestimmt hat, wegen Beihilfe zum schweren Diebstahl in Idealkonkurrenz mit Anstiftung zu Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung erfaßt werden? Mit Hilfe der angeführten Kombination wird zwar erreicht, daß im Urteilstenor klar zum Ausdruck gelangt, daß der Dritte nur einen Teil des vom Täter ausgeführten Entschlusses hervorgerufen hat. Der praktische Nutzen ist jedoch gering. Die Bestrafung hat aus dem schwereren Delikt, also wegen Beihilfe zur qualifizierten Tat, zu erfolgen, demgegenüber der Hinweis auf die §§ 48/123, 303 StGB mehr klarstellende Bedeutung hat. Die Kombination ist also nur unter der Voraussetzung sinnvoll, daß man zunächst Anstiftung zur qualifizierten Tat ablehnt und in der Beihilfe zur Gesamttat die angemessene Lösung erblickt. Die Konstruktion: Beihilfe zur qualifizierten Tat in Idealkonkurrenz mit Anstiftung zum getrennt subsumierbaren "Mehr" weist also keinen Weg, der zu einer selbständigen Erfassung des auf den Dritten zurückgehenden Tatbeitrages führte und damit eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Anstiftung oder Beihilfe zur qualifizierten Tat anzunehmen ist, überflüssig machte.

Es ergibt sich demnach folgendes Bild:

Eine gesonderte rechtliche Erfassung des vom Bestimmenden hervorgerufenen "Mehr" ist weder hinsichtlich aller Fälle, die durch einen Wechsel vom Grunddelikt zur qualifizierten Tat gekennzeichnet sind, noch für einen Teil der zu beurteilenden Sachverhalte möglich. Läßt sich der Dritte aber nicht allein für das "Mehr" zur Verantwortung ziehen, so bleibt nur die Möglichkeit, ihn als Anstifter zur gesamten Tat zu

1) So: Cramer JZ 1965 S.32; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4a; Welzel, Lehrbuch, S.112.

behandeln, Anstiftung schlechthin auszuschneiden und sich auf Beihilfe zur gesamten Tat zu beschränken oder, soweit das "Mehr" als solches einen eigenen Straftatbestand erfüllt, Anstiftung zu diesem "Mehr" in Idealkonkurrenz mit Beihilfe zur gesamten Tat anzunehmen.¹⁾

Als Ausgangspunkt für eine Stellungnahme zu diesen verbleibenden Möglichkeiten mag die Auffassung des BGH²⁾ dienen, der sich, wie bereits dargetan, in Anlehnung an Maurach³⁾ für eine Anstiftung zur qualifizierten Tat ausgesprochen hat.

1) So: Cramer JZ 1965 S.32; Schönke-Schröder § 48 Rdnr.4a; Welzel, Lehrbuch, S.112.

2) BGH 19/339 = JZ 1965 S.30.

3) Damals: AT (2.Aufl.) S.539; jetzt - unverändert - (3.Aufl.) S.583.

B. Die Ansicht des BGH

Der BGH stützt sein Ergebnis auf die Überlegung, der Dritte habe den Tatentschluß dessen, auf den er eingewirkt habe, übersteigert. Dadurch sei der Unwertgehalt der begangenen Tat gegenüber dem ursprünglichen Plan erheblich erhöht worden, und für dieses erhöhte Gesamtunrecht sei der Dritte als Anstifter verantwortlich. Diesem Standpunkt liegt der Gedanke zugrunde, daß mit der Unrechtssteigerung eine andere Tat als die zunächst gewollte, d.h. ein aliud, entstanden ist.

Anlaß zur Kritik bietet die allzu knappe Begründung, die nicht zur Genüge herausstellt, daß und warum es sich bei der ausgeführten Tat um ein aliud gegenüber der ursprünglich beschlossenen handelt, für das der Dritte im vollem Umfang als Anstifter einzustehen hat. Der Ansatzpunkt, der Grad der Unrechtserhöhung entscheide über die Strafbarkeit nach § 48 StGB, ist zwar voll zu billigen; die Feststellung, in dem zur Entscheidung stehenden Fall sei das Unrecht e r h e b l i c h erhöht, ist jedoch nicht näher untermauert und ist daher nicht mehr als eine Behauptung. Die Berufung auf Maurach, der anscheinend den Dritten, der einen Tatentschlossenen bestimmt, die geplante Tat unter qualifizierenden Umständen zu begehen, stets als Anstifter zur qualifizierten Tat haften lassen will, könnte darauf deuten, daß der BGH einer entsprechenden Beurteilung zuneigt. Ob der qualifizierten Tat im Verhältnis zum Grunddelikt schlechthin eine so erhebliche Unrechtssteigerung zukommt, daß stets von einer wesentlichen Abweichung auszugehen und damit dem Einflußnehmenden das qualifizierte Verhalten als Anstifter zuzurechnen ist, kann indes fraglich sein und bedarf einer näheren Überprüfung. Anderer-

seits hat der BGH erklärt, er sei der Auffassung, daß es für die Annahme einer Anstiftung nicht entscheidend darauf ankomme, ob der Täter zur Verwirklichung eines anderen mit schwererer Strafdrohung bewehrten Tatbestandes veranlaßt werde, sondern auf den erheblich erhöhten Unrechtsgehalt. Er hat allerdings kein Wort darüber verloren, warum der Unrechtsgehalt des Raubes mit Waffen gegenüber dem einfachen Raub so erheblich erhöht ist, daß der Dritte als Anstifter nach § 250 StGB zur Verantwortung zu ziehen ist. Die Gründe, die der BGH für seine Ansicht ins Feld führt, können mithin nicht restlos befriedigen.

Auch das Schrifttum, soweit es auf Seiten des BGH steht, hat keine nähere Klärung gebracht. Wenn Maurach¹⁾ Anstiftung mit der "erheblichen Übersteigerung" des Tatentschlusses begründet, so bleibt offen, warum die Übersteigerung des Tatentschlusses um qualifizierende Merkmale "erheblich" sein soll. Man braucht sich nur den Fall vorzustellen, daß der Täter plant, einen PKW samt Inhalt zu stehlen (§ 242 StGB). Bestimmt ihn nun der Dritte, den Wagen aufzubrechen und sich mit den im Handschuhfach befindlichen Wertsachen zu begnügen (§ 243 I Nr. 2 StGB), so erheben sich Bedenken, ob der Dritte den zuvor gefaßten Tatentschluß tatsächlich stets erheblich übersteigert, wenn qualifizierende Merkmale auf ihn zurückgehen. Sicherlich handelt es sich um einen Grenzfall, der keiner Verallgemeinerung zugänglich ist. Er macht indes deutlich, daß der Satz, qualifizierende Merkmale seien immer mit einer erheblichen Übersteigerung des Tatentschlusses verknüpft, keineswegs selbstverständlich ist. Warum der Grundtatbestand mit dem Hinzufügen qualifizierender Umstände so erheblich übersteigert wird,

1) AT S.583.

daß dem Dritten, der die Verwirklichung dieser Umstände zu verantworten hat, die Gesamttat als Anstifter anzulasten ist, hat daher auch Maurach nicht abschließend beantwortet.

Ebensowenig vermag die von Baumann¹⁾ angeführte Begründung zu überzeugen. Nach ihm soll der Dritte deshalb Anstifter zur qualifizierten Tat sein, weil der zum Grunddelikt Entschlossene die später verwirklichten qualifizierenden Umstände vor Einflußnahme des Dritten noch nicht konkret ins Auge gefaßt habe. Hinsichtlich des Tatganzen, d.h. des qualifizierten Delikts, sei der Täter daher noch kein "omni modo" facturus gewesen. Die Begründung vermag nicht hinreichend zu erklären, weshalb die konkrete Tat als Ganzes selbständige Bedeutung gegenüber der zuvor ins Auge gefaßten erlangt. Sämtliche Fallgruppen, die bei der Beeinflussung eines Tatentschlossenen auftauchen, zeichnen sich nämlich dadurch aus, daß der Dritte bestimmte Veränderungen oder Erweiterungen des bereits gefaßten Tatentschlusses hervorruft. Ein "omni modo facturus" hinsichtlich s ä m t l i c h e r Einzelheiten des Tatganzen ist der Täter also vor Einflußnahme des Dritten nie, mögen die angeratenen Veränderungen nun - und darauf kommt es ausschließlich an - wesentlich oder unwesentlich sein. Die konkrete Tat ist vom Täter selbst dann nicht ins Auge gefaßt, wenn der Dritte nur eine unwesentliche Abweichung von der bereits geplanten Tat bewirkt und er deshalb nur Gehilfe sein kann.

1) AT S.554f.

C. Die Auffassung Cramers und Grünwalds

Die Entscheidung des BGH ist, wie zu Anfang des dritten Teils bereits kurz angedeutet, auf Widerspruch bei Cramer¹⁾ gestoßen, der einen anderen Weg zur Lösung des anstehenden Problems eingeschlagen hat. Cramer erkennt an sich durchaus zutreffend, daß die Frage, ob der Dritte, der einen Tatentschlossenen zur Durchführung des Geplanten unter qualifizierenden Umständen bestimmt, als Anstifter zur qualifizierten Tat zu bestrafen ist, von der Bewertung dieser Tat als nicht identisch mit dem ursprünglich Gewollten abhängt. Er verneint indes diese Frage.

Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die Betrachtung des Verbrechens als tatsächlichem Geschehen. Ein Verbrechen wird als tatsächliches Geschehen, so setzt er bei seinen Überlegungen an, durch zahlreiche einzelne Faktoren charakterisiert, wie z.B. die Auswahl des Opfers, den Zeitpunkt der Tat oder die Art ihrer Durchführung. Eine Veränderung dieser Elemente soll nach ihm nicht ohne weiteres die Tatidentität zwischen ursprünglich geplanter und begangener Tat aufheben. So soll der Rat, die Tat erst einige Tage später als geplant auszuführen, demnach ebensowenig Anstiftung begründen wie der Vorschlag, statt eines Dietrichs ein Stemmeisen zum Einbruch oder Benzin statt Petroleum zur Brandstiftung zu benutzen. In gleicher Weise will Cramer in den Fällen verfahren, in denen die Beeinflussung des Täters zu einer Qualifizierung der ursprünglich geplanten Tat führt. Wer dazu rät, den geplanten Raub nicht im Hausflur, sondern auf der Straße zu begehen, soll daher nicht Anstifter, sondern Gehilfe zu § 250 StGB sein. Entsprechendes soll für den Vorschlag gelten, zur Verringerung

1) JZ 1965 S.31f.

des Tatrisikos eine Waffe mitzunehmen.

Für Cramer ist also an sich unerheblich, ob die Abweichungen das Eingreifen einer strengeren Strafbestimmung nach sich ziehen oder dieselbe Strafvorschrift anwendbar bleibt. Die Abgrenzung zwischen erheblichen und unerheblichen Änderungen des ursprünglich Geplanten soll vielmehr unabhängig von deren gesetzlicher Erfassung erfolgen. Maßgebend sollen die Grundsätze sein, die für den umgekehrten Fall entwickelt worden sind, d.h. für die Fälle, in denen der Angestiftete die Tat in Abweichung von den Vorstellungen des Anstifters durchführt. Soweit hier die Abweichung für unerheblich zu erachten und dem Anstifter zurechenbar ist, soll auch dann, wenn der Dritte lediglich die Abweichung veranlaßt, keine andere Tat vorliegen. Seinen Standpunkt meint er folgendermaßen erhärten zu können:

Wenn eine Tat, die einige Tage später als verabredet zur Durchführung komme, vom Anstiftervorsatz noch umfaßt sei, so könne umgekehrt der Rat, die Tat erst nach dem geplanten Zeitpunkt durchzuführen, nicht Anstiftung sein. Entsprechendes gelte für den Vorschlag, zur Verringerung des Tatrisikos bei der Durchführung der Tat eine Waffe mitzunehmen. Denn auch bei Hinzutreten einer Qualifikation werde die Tat nicht zu einer anderen. Sonst würde im umgekehrten Fall nur versuchte Anstiftung zum schweren Raub vorliegen, wenn der Täter das Delikt entgegen der Vorstellung des Anstifters ohne qualifizierendes Merkmal verwirklichte; in diesen Fällen sei aber in der neueren Rechtsprechung stets vollendete Anstiftung zu § 249 StGB in Idealkonkurrenz mit versuchter Anstiftung zu § 250 StGB angenommen worden.

Das letzte Beispiel offenbart jedoch bereits mit aller Deutlichkeit die Schwäche des von Cramer vertretenen Standpunktes. Es werden nämlich zwei Fälle gegenübergestellt,

die in den Punkten, auf die es bei einem Vergleich ankommt, gar nichts miteinander zu tun haben und daher das Ergebnis auch nicht rechtfertigen können. Man vergegenwärtige sich nochmals die Schlußfolgerung, die Cramer zieht:

Bestimmt A den B zu einem schweren Raub, begeht B aber nur einen einfachen Raub, so wird A wegen (erfolgreicher) Anstiftung nach § 249 StGB (und daneben nach den §§ 49a/250 StGB) bestraft. Daß dem A der begangene einfache Raub trotz der Abweichung von seiner Vorstellung zugerechnet wird, beruhe darauf, daß diese Abweichung die Identität von begangener (§ 249 StGB) und vorgestellter Tat (§ 250 StGB) nicht berühre. Wenn aber die Abweichung vom qualifizierten zum einfachen Tatbestand unwesentlich sei, so müsse umgekehrt der Übergang vom Grunddelikt zur Qualifikation ebenso belanglos sein.

Diese Argumentation läßt sich indessen leicht widerlegen. Daß dem A im ersten Fall die Anstiftung zum Grunddelikt trotz der Abweichung von seiner Vorstellung zugerechnet wird, beruht nicht - wie Cramer behauptet - auf dem nur unerheblichen Unterschied, d.h. auf der "Identität" zwischen Grunddelikt und Qualifizierung, sondern auf völlig anderen Erwägungen. Zwischen Qualifikation und Grunddelikt besteht ein "Einschlußverhältnis" derart, daß die Qualifizierung immer den Grundtatbestand voraussetzt. Stiftet A den B zur qualifizierten Tat an, verletzt B aber nur den Grundtatbestand, so ist A Anstifter zum Grunddelikt, das als Minus in seinem - die Qualifikation umfassenden - Vorsatz bereits enthalten war. A ist also in dem von Cramer gebrachten Beispiel allein deshalb nach den §§ 48/249 StGB zu bestrafen, weil der Vorsatz, zum schweren Raub anzustiften, den, einen einfachen Raub auszulösen, einschließt.

Es ist mithin verfehlt, daraus, daß beim Ausfall der Qualifikation eine Anstiftung zum einfachen Raub übrig bleibt, eine Identität zwischen Taten nach § 249 StGB und denen nach § 250 StGB herleiten zu wollen. Cramers Argumentation entspricht etwa folgendem Rechenexempel: A wollte fünf Punkte erzielen, hat aber nur drei erreicht. Wenn A jetzt drei Punkte erhalte, so beruhe dies darauf, daß sich drei und fünf nur unwesentlich unterschieden und daher unter einem bestimmten Blickwinkel identisch seien. Dabei ist jedoch offensichtlich, daß dem A allein deshalb drei Punkte angerechnet werden, weil drei in fünf enthalten ist.

Die Unhaltbarkeit des Identitätsgedankens enthüllt sich vollends in dem Fall, in dem der Haupttäter nicht weniger, sondern mehr tut, als der Anstifter will: Hat A den B zum einfachen Raub angestiftet, begeht B aber einen schweren nach § 250 StGB, so müßte A - unter der Voraussetzung, daß sich beide Delikte nur unwesentlich unterscheiden und daher "identisch" sind - als Anstifter zu einem schweren Raub bestraft werden. Daß man sich mit einem solchen Ergebnis in Widerspruch zur unangefochten herrschenden Meinung setzt, bedarf kaum der Erörterung. Nach allgemeiner Ansicht wird dem Anstifter, der nur zum einfachen Raub anstiften wollte, der vom Haupttäter begangene schwere Raub als Exzeß nicht zugerechnet.¹⁾ A kann deshalb nur aus den §§ 48/249 StGB zur Verantwortung gezogen werden.

Diese Überlegungen dürften bereits ausreichen, der Beweisführung Cramers, der - in Anlehnung an bestimmte Ergebnisse aus anderen Bereichen - Tatidentität zwischen geplanter

1) Für alle: RGSt 67/343; Baumann AT S.560f.; Maurach AT S.584f.; Schönke-Schröder Rdnr.98 vor § 47; Schwarz-Dreher § 48 Anm.2B.

Handlung nach § 249 StGB und ausgeführter nach § 250 StGB zu begründen versucht, den Boden zu entziehen. Es kommt indes noch eine weitere Unstimmigkeit in der von ihm angeführten Begründung hinzu.

Seine Beweisführung krankt nämlich außerdem daran, daß er bei der Auswahl der Parallelbeispiele, die er zur Stützung seiner Ergebnisse heranzieht, willkürlich verfährt. Während er in der Beeinflussung des zum einfachen Raub Entschlossenen, die Tat unter qualifizierenden Umständen zu begehen, keine Anstiftung erblickt, soll derjenige, der den zur einfachen Körperverletzung Bereiten veranlaßt, eine gefährliche nach § 223a StGB zu begehen, sehr wohl Anstifter sein, und zwar u.a. aus der Erwägung heraus, daß bei der Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter die Identität der begangenen Tat mit der geplanten eher zu verneinen sei als bei anderen Rechtsgutverletzungen. Inwieweit die Höchstpersönlichkeit der verletzten Interessen eine abweichende Beurteilung der Tat als tatsächlichem Geschehen rechtfertigt, mag hier auf sich beruhen. Anlaß zur Kritik bietet jedoch der Hinweis Cramers auf folgendes Parallelbeispiel, das die Anstiftung zur gefährlichen Körperverletzung - im Gegensatz zur Ablehnung der Anstiftung zu § 250 StGB im erstgenannten Fall - belegen soll: Fordere X den Y zu einer einfachen Körperverletzung auf, und begehe Y eine gefährliche nach § 223a StGB, so hafte X nicht für den Exzeß. Daraus schließt Cramer, die Abweichung zwischen der vom Anstifter vorgestellten einfachen und der vom Täter begangenen gefährlichen Körperverletzung müsse wesentlich sein. Für den korrespondierenden Fall - Veranlassung des zur einfachen Körperverletzung Bereiten zur Begehung einer gefährlichen nach § 223a StGB - bedeute dies, daß eine wesentliche Veränderung der zuvor geplanten Tat hervorgerufen und der Dritte dementsprechend als Anstifter zu belangen sei.

Auffallend ist, daß Cramer hier mit einem Beispiel aus der Gruppe der Exzeßfälle, in denen also der Täter über das vom Teilnehmer Gewollte hinausgeht, das Ergebnis zu untermauern versucht, während er im erstgenannten Fall (§§ 249/250 StGB) eine Parallele zu solchen Fällen zieht, in denen der Täter hinter dem vom Anstifter Angeratenen zurückbleibt. Er gelangt infolgedessen zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, in welcher der beiden Fallgruppen er die Parallelerscheinung erblickt. Sieht er in der Exzeßproblematik die entscheidende Parallele, wie hinsichtlich §§ 223, 223a StGB, so hält er die Abweichung vom Grunddelikt zur Qualifikation für wesentlich und nimmt dementsprechend Anstiftung an. Zieht er dagegen die Fallgruppe als Beleg heran, in der der Täter weniger tut, als ihm der Dritte angeraten hat, d.h. in der er unter Aussparung der ihm von Dritten nahegelegten qualifizierenden Merkmale nur das Grunddelikt verwirklicht, so kommt Cramer zur unwesentlichen Abweichung, wie z.B. im Verhältnis von § 249 StGB zu § 250 StGB.

Eine derartige Betrachtungsweise entbehrt jeglicher Überzeugungskraft. Es bleibt schlechterdings unerfindlich, warum Cramer hinsichtlich der Körperverletzungsdelikte eine andere Parallele heranzieht als hinsichtlich der Raubtatbestände. Daß in den §§ 223ff. StGB im Gegensatz zu den §§ 249ff. StGB ausschließlich höchstpersönliche Interessen geschützt werden, vermag jedenfalls die unterschiedliche Betrachtungsweise nicht zu rechtfertigen. Gleichgültig, ob z.B. einfache und gefährliche Körperverletzung oder etwa einfacher und schwerer Diebstahl in Frage stehen, die Grundsätze, die für die Strafbarkeit des Teilnehmers bei Abweichung des Geschehens von seiner Vorstellung eingreifen, sind in beiden Fallgruppen dieselben.¹⁾

1) Gegen diesen Punkt in der Beweisführung Cramers mit Recht auch Grünwald JuS 1965 S.315.

Es kann also von diesen beiden Fallgruppen nur die eine oder die andere als Parallele in Betracht kommen. Da jedoch die Fallgruppe, in der die Haupttat hinter der Vorstellung des Anstifters zurückbleibt, nicht mit dem anstehenden Problem korrespondiert¹⁾, läßt sich mithin allenfalls auf die Grundsätze, die für den Exzeß des Haupttäters gelten, zurückgreifen.

Geht man, wie Cramer es bei den Körperverletzungsdelikten getan hat, von den für den Exzeß geltenden Grundsätzen aus, so gelangt man hinsichtlich der Raubtatbestände zu folgendem Ergebnis: Da dem Dritten, der einen anderen lediglich zu einem einfachen Raub auffordert, der daraufhin begangene schwere Raub als Exzeß nicht zugerechnet wird, ist - nach Cramer - eine erhebliche Abweichung zwischen einfachem und schwerem Raub anzunehmen. Dementsprechend muß eine Veränderung auch im umgekehrten Fall - bei der Veranlassung eines zum einfachen Raub entschlossenen Täters, einen qualifizierten Raubtatbestand zu verwirklichen - erheblich sein. Daraus folgt - soweit man ohne Einschränkung von dem korrespondierenden Verhältnis beider Problemkreise ausgeht - für den umgekehrten Fall aber gerade das Ergebnis, dem Cramer hinsichtlich der §§ 249, 250 StGB entgegengetreten ist. Die auf den Einflußnehmenden zurückzuführende Qualifikation bewirkt eine wesentliche Änderung der geplanten Tat, so daß er Anstifter und nicht nur Gehilfe zur Gesamttat ist. Eine konsequente Fortführung des von Cramer eingeschlagenen Weges würde also die von ihm bekämpfte Ansicht des BGH stützen, d.h. wer den Täter zu einer Qualifizierung der ursprünglich geplanten Tat bestimmt, müßte als Anstifter zur qualifizierten Tat bestraft werden.

1) Vgl. oben S.141f.

Mit der Erkenntnis, daß die von der Rechtsprechung abweichende Meinung in Wahrheit die Rechtsprechung bestätigt, können die Erörterungen aber keinesfalls als abgeschlossen gelten. Würde man das Ergebnis, es sei Anstiftung und nicht Beihilfe anzunehmen, allein auf die entsprechende Heranziehung des Exzeßfalles stützen, setzte man sich dem gleichen Einwand aus, der gegen Cramer zu erheben ist: Man zöge Schlußfolgerungen aus dem Vergleich zweier Fallgruppen, ohne vorher genau geprüft zu haben, ob diese Gruppen auch tatsächlich in den Punkten, auf die es bei der Gegenüberstellung ankommt, vergleichbar sind. Der Schluß, der Dritte sei als Anstifter zu bestrafen, beruht nämlich allein auf der Annahme, Exzeßproblematik und Fragen, die bei der Anstiftung eines Tatentschlossenen auftauchen, zeigten in jedem Fall korrespondierende Ergebnisse. Ob dieser Satz uneingeschränkte Billigung verdient, ist jedoch fraglich.

Grundsätzlich scheint allerdings gegen das Vorgehen, die Ergebnisse aus dem Exzeßbereich entsprechend auf die hier zu treffenden Entscheidungen zu übertragen, nichts einzuwenden zu sein. So spricht viel dafür, ein entsprechendes Umkehrverhältnis für Handlungen innerhalb desselben Tatbestandes anzunehmen. Fragwürdig wird dagegen die Übernahme von Ergebnissen aus der Exzeßproblematik bei rechtlichen "Plus-Minus-Verhältnissen".

Ein Vergleich beider Gebiete im Sinne eines Umkehrverhältnisses ist nur dann fruchtbar, wenn das, was in dem einen Bereich wesentlich ist, auch für den anderen als wesentlich übernommen werden kann. Ist dem Anstifter auf der einen Seite eine bestimmte Abweichung von seinem Vorsatz als Exzeß des Haupttäters nicht zuzurechnen, weil sie wesentlich ist, muß dieselbe Abweichung auf der anderen Seite Anstiftung zu einer neuen Tat begründen, weil die

hervorgerufene Abweichung vom Entschluß des Täters - aus denselben Gründen - wesentlich ist. Stiftet z.B. A den B an, X umzubringen, zieht B es aber vor, statt dessen Y zu töten, so haftet A - abgesehen von den §§ 49a/212 StGB - nicht, da die ausgeführte Tat wesentlich von der vorgestellten abweicht. Dementsprechend muß umgekehrt A nach § 48 StGB zur Verantwortung gezogen werden, wenn er den zum Mord an X entschlossenen Täter dazu bestimmt, statt X den Y zu erschießen, weil folgerichtig aus denselben Gründen wie oben ursprünglich geplante und ausgeführte Tat wesentlich voneinander abweichen.

Im Rahmen von rechtlichen "Plus-Minus-Verhältnissen" besteht jedoch, soweit ein Exzeß in Frage steht, gar kein Bedürfnis zur Trennung nach wesentlichen und unwesentlichen Elementen. In § 59 StGB ist gesetzlich geklärt, daß Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, dem Teilnehmer nicht zugerechnet werden, wenn er das Vorhandensein dieser Umstände nicht kannte. Einem qualifizierten Tatbestand, der auf dem Grunddelikt erst aufbaut, liegt also ein trennbarer Vorgang zugrunde. Hat A den B zu einer Tat nach § 249 StGB angestiftet und begeht B ein Verbrechen nach § 250 StGB, so lassen sich die den Vorsatz des A übersteigenden strafe erhöhenden Umstände ohne weiteres abschichten. Haftbar wird A nur für den Teil gemacht, den er tatsächlich hervorgerufen hat. Für seine Handlungsweise steht in einem solchen Fall eine eigene Strafvorschrift, nämlich der Grundtatbestand des § 249 StGB (in Verbindung mit § 48 StGB) zur Verfügung.

Im umgekehrten Fall, Veranlassung des zum einfachen Raub Entschlossenen, einen schweren zu begehen, ist es demgegenüber nicht möglich, das von dem Dritten hervorgerufene "Plus" gesondert zu erfassen.¹⁾ Ein eigener Straftatbestand,

1) S.oben S.127ff.

der ausschließlich das Unrecht der qualifizierenden Merkmale unter Ausschluß des im Grundtatbestand enthaltenen Unrechts aufweist, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Will man den Dritten nicht straffrei ausgehen lassen, bleibt nur der Weg, ihm das Gesamtgeschehen als Anstifter oder Gehilfe anzulasten, wobei eine erhebliche Unrechtssteigerung des zunächst Beabsichtigten Anstiftung begründet. Die Frage, ob die auf den Dritten zurückzuführenden Momente gegenüber dem ursprünglichen Plan des Täters erheblich sind, stellt sich also nur deshalb, weil das strafwürdige Verhalten des Dritten - anders als beim Exzeß - nicht getrennt erfaßbar ist.

Wird also über die Frage, ob die Abweichung vom qualifizierten Tatbestand zum Grunddelikt und umgekehrt wesentlich ist, bei einem Exzeß nichts ausgesagt, so muß eine Übernahme der Ergebnisse, die dort erzielt werden, für die hier anstehenden Fragen ausscheiden. Eine spiegelbildliche Beziehung zwischen beiden Bereichen, wie Cramer sie bei der Erörterung von einfacher und gefährlicher Körperverletzung voraussetzt, besteht also nicht. Das von ihm erzielte Ergebnis - Strafbarkeit des Dritten aus § 48 StGB - ist demnach bei der Lösung der in Frage stehenden Problematik nicht zu verwerten.

Gegen Cramers Versuch, die Exzeßproblematik und die Anstiftungsproblematik gleichzustellen, hat sich dementsprechend mit einer gewissen Berechtigung Gründwald¹⁾ ausgesprochen. Er verneint sogar jegliche Parallelen zwischen beiden Problemkreisen. Andererseits macht auch er Bedenken gegen die Auffassung des BGH geltend. Nach ihm soll eine wesentliche Änderung der zunächst vorgesehenen Tat nur vorliegen, wenn die begangene Tat sich qualitativ

1) JuS 1965 S.313.

von der zunächst beschlossenen unterscheidet. Soweit dagegen die Einflußnahme des Dritten den Kern der geplanten Rechtsgutverletzung unberührt läßt, soll trotz der erschwerenden Umstände, die auf den Dritten zurückzuführen sind, Anstiftung zur qualifizierten Tat ausscheiden. Von dieser Sicht aus lehnt er entgegen dem BGH eine Anstiftung zum schweren Raub ab, wenn der Räuber bereits zum einfachen Raub entschlossen war und lediglich zur Mitnahme einer Waffe bestimmt wird. Denn der Kern der Rechtsgutverletzung ist nach ihm das räuberische Unternehmen, das als solches nur in der Art der Ausführung verändert worden ist. Anders soll der Übergang vom Diebstahl zum Raub zu beurteilen sein. Bei ihm soll ein qualitativ anderes Verbrechen an die Stelle des Diebstahls getreten sein, weil der Diebstahl nicht als der Kern des Raubes anzusehen ist.

Der Ansatzpunkt Grünwalds, Anstiftung und Beihilfe danach abzugrenzen, ob der Kern der Rechtsgutverletzung verändert werde oder ob er erhalten bleibe, erscheint jedoch zu eng. Führen auch die auf den Dritten zurückgehenden qualifizierenden Umstände nicht zu einer qualitativ anderen Tat, so können sie doch den zuvor gefaßten Entschluß so erheblich intensivieren, daß aus diesem Grund eine wesentliche Abweichung und damit Anstiftung gegeben ist. Anstiftung ist - entgegen der Auffassung Grünwalds - nicht nur dann anzunehmen, wenn qualitativ anderes Unrecht gesetzt wird, sondern auch bei erheblicher quantitativer Steigerung des ursprünglich geplanten Unrechts. Man braucht sich nur vorzustellen, der Täter sei zum Mundraub nach § 370 Ziff.5 StGB bereit gewesen, bevor ihn der Dritte zur Wegnahme der Sache unter den qualifizierenden Umständen des § 243 StGB und zur Aufgabe der Absicht, sie alsbald zu verbrauchen, bestimmte. Hier hat der Einflußnehmende zwar keine neue Rechtsgüterverletzung hervorgerufen, die bereits geplante aber so erheblich intensiviert, daß man schon gewichtige Gründe ins

Feld führen müßte, um eine erhebliche Abweichung vom ursprünglichen Tatentschluß und damit Anstiftung abzulehnen. Ebenso dürfte der Übergang von der Erpressung (§ 253 StGB) zur schweren räuberischen Erpressung (§§ 255, 250 StGB) oder von der schweren Unzucht nach § 176 StGB zur Notzucht gem. § 177 StGB zu beurteilen sein. Ein weiteres Beispiel für eine Abweichung, die auf Grund erheblicher Unrechtsintensivierung die Annahme einer Anstiftung nahelegt, bieten die Vorschriften der §§ 223, 225 StGB. Bewirkt der Dritte, daß die zuvor geplante Körperverletzung nach §§ 223 StGB zu einer dauernden Entstellung des Opfers gem. § 225 StGB ausgeweitet wird, so geht der überwiegende Teil der begangenen Verletzung auf ihn zurück, so daß eine Bestrafung aus den §§ 48/225 StGB gerechtfertigt erscheint.

Die angeführten Beispiele dürften zur Genüge erkennbar machen, daß die Frage der Anstiftung nicht allein davon abhängen kann, ob der Kern der Rechtsgutverletzung eine Änderung erfährt oder ob er erhalten bleibt. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Anstiftung und Beihilfe kann vielmehr nur sein, ob das im Grundtatbestand enthaltene Unrecht durch Aufstockung so erheblich erhöht ist, daß dem Dritten die Abwandlung einschließlich des darin enthaltenen Grundtatbestandes als Anstifter anzulasten ist. Die Auseinandersetzung mit dieser entscheidenden Frage hat Grünwald jedoch - wegen seines begrenzten Ansatzpunktes - übergangen.

D. Die eigene Ansicht

Wie schon bei der Erörterung anderer Abweichungen vom bereits gefaßten Tatentschluß, läßt sich auch für die hier anstehende Fallgruppe eine sachgerechte Lösung nur durch einen Vergleich des Unrechtsgehalts zwischen dem Verhalten nach der Beeinflussung und der vorher beabsichtigten Rechtsverletzung finden. Die für die Problematik entscheidende Kernfrage stellt sich dann folgendermaßen: Ist das von dem Dritten hervorgerufene schwerere Unrecht der qualifizierten Tat gegenüber dem Ausgangsunrecht so erheblich erhöht, daß sich eine Haftung des Einflußnehmenden für das Gesamtunrecht nach § 48 StGB rechtfertigen läßt?

1. Die Abgrenzung nach den abstrakten Deliktsvorschriften im Verhältnis zur Bewertung der konkreten Handlungen

Es fragt sich zunächst, welche Unrechtserhöhung maßgebend ist: Diejenige zwischen geplanter und ausgeführter Tat im Sinne eines tatsächlichen Geschehens oder diejenige zwischen den abstrakten gesetzlichen Tatbeständen. Es gilt also herauszufinden, ob die Bewertungsfaktoren den konkreten Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu entnehmen sind oder aber dem System, das der Gesetzgeber mit Einführung der Grunddelikte und ihren tatbestandlichen Abwandlungen geschaffen hat. M.a.W.: zu überprüfen ist, ob mit der Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes generell eine höhere Unrechtsstufe gegenüber dem Grunddelikt erreicht ist, die der qualifizierten Tat den Stempel einer wesentlichen Abweichung aufdrückt, oder ob sich eine solche

Unrechtssteigerung nur nach den Umständen des konkreten Einzelfalles richtet, so daß trotz eines qualifizierenden Merkmals noch eine unwesentliche Abweichung vorliegen kann.

Will man entscheiden, welche der beiden Betrachtungsweisen zugrunde zu legen ist, muß man sich zuvor klarmachen, worauf überhaupt ihr Unterschied beruht. Am deutlichsten wird der Unterschied, wenn man sich die Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Richter vor Augen hält.¹⁾ Beiden geht es darum, schuldhaft begangenes Unrecht mit der gerechten Strafe auszugleichen. Der Gesetzgeber schafft zu diesem Zweck klar umrissene Tatbestände, die einmal strafbares von straflosem Tun überhaupt abgrenzen, zum anderen einen nach oben und unten begrenzten Strafraum für eine Gruppe von Fällen gleicher Unrechtsrichtung festlegen. Dagegen ist dem Richter die Aufgabe zugewiesen, innerhalb des vom Gesetzgeber abgesteckten Rahmens Stärke und Umfang des Unrechts im **E i n z e l f a l l** festzustellen und danach die verwirkte Strafe zu verhängen. Daraus ergibt sich bereits folgendes: Bleibt es dem Richter überlassen, Grad und Umfang des Unrechts innerhalb des vom Gesetzgeber gesteckten Rahmens näher zu bestimmen, so kann es allein auf die konkreten Umstände der zu vergleichenden Taten ankommen, da die richterliche Tätigkeit immer nur die Bewertung der individuellen Faktoren eines Einzelfalles umfassen kann. Demgegenüber liegt eine andere Betrachtungsweise nahe, soweit der Gesetzgeber bereits die erforderliche Bewertung vorgenommen hat. Er trifft eine generelle Entscheidung und stuft das Unrecht unabhängig vom Einzelfall ab. Bestimmten Abweichungen wird losgelöst von den Besonderheiten des individuellen Tatgeschehens erhebliches Gewicht beigemessen. Eine derart generelle Abstufung

1) Schröder, Festschrift für Mezger, S.415(425f.); Gutachten zum 41.DJT 1955 Bd.I 2.Halbbd. S.82 Fn.42 S.83f., jeweils mit weiteren Nachweisen.
vgl. auch Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S.5ff.

spricht dafür, daß auch die Frage nach der Wesentlichkeit der Unrechtsabweichung generell an Hand der abstrakten Deliktstatbestände zu lösen ist.

Von dieser Warte aus ist man geneigt, Anstiftung zur qualifizierten Tat zu bejahen, wenn der Dritte einen Tatentschlossenen dazu bestimmt, das geplante Vorhaben unter qualifizierenden Umständen durchzuführen. Indes ist noch zu bedenken, daß sich die Unrechtsgrade und Unrechtsrichtungen, die mit den gesetzlichen Abstufungen verknüpft sind, keineswegs immer scharf und deutlich voneinander abheben. Die Unrechtssteigerung auf Grund des qualifizierenden Moments kann durchaus gering sein. Wer einen anderen eine knappe Woche einsperren will, begeht kein wesentlich erhöhtes Unrecht, wenn er dann die Freiheitsberaubung auf wenige Stunden über eine Woche ausdehnt. Soll dennoch ein Dritter, der ihn zu dieser Veränderung überredet hat, wegen Anstiftung zu einem erschwerten Fall der Freiheitsberaubung nach § 239 Abs.2 StGB haften? Aus dieser Sicht tauchen also Zweifel auf, ob es wirklich geboten ist, die Wesentlichkeit einer Abweichung abstrakt nach den Abweichungen zu beurteilen, die der Gesetzgeber vorgenommen hat.

Die Zweifel verstärken sich, wenn man des weiteren bedenkt, daß der Gesetzgeber die Voraussetzungen der verschiedenen Unrechtsstufen nicht stets abschließend umschrieben hat. Er hat sich zum Teil mit unbenannten Strafbestimmungsgründen begnügt. Mangels einer abschließenden abstrakten Wertung des Gesetzgebers ist es hier nicht möglich, die Erheblichkeit einer Abweichung allein nach der gesetzlichen Abstufung zu bestimmen. Die Frage ist somit, ob es berechtigt ist, bei abschließend geregelten Abstufungen anders zu verfahren. Sie läßt sich freilich erst beantworten, wenn geklärt ist, welche Grundsätze zur Lösung des Anstif-

tungsproblems bei unbenannten Strafbestimmungsgründen Platz greifen. Der Blick sei daher zunächst diesen strafmodifizierenden Merkmalen zugewandt.

a) Unbenannte Strafbestimmungsgründe

Ein unbenannter Strafbestimmungsgrund liegt vor, wenn das Gesetz unter bloßer Änderung des Strafrahmens oder der Straftat die Voraussetzung der Modifizierung nicht oder jedenfalls nicht abschließend bestimmt, sondern es der richterlichen Bewertung überläßt, ob die modifizierte Bestimmung anzuwenden oder aus besonderen in der Strafzumessung liegenden Gründen nicht anzuwenden ist. Das gilt z.B. für die Gruppen der "besonders schweren" (z.B. §§ 263 Abs.4, 266 Abs.2 StGB) oder der "schweren" (etwa §§ 153, 267 Abs.3, 348 Abs.4 StGB) Fälle. Ein besonders schwerer Fall kann nur in einem Hergang gefunden werden, der sich deutlich vom gewöhnlichen Bild einer strafbaren Handlung der in Betracht kommenden Art in einer den Täter belastenden Weise unterscheidet¹⁾. Ob ein besonders schwerer Fall gegeben ist, kann also, sofern kein gesetzlich angeführtes Beispiel gegeben ist, erst der Richter beantworten, der stets von der Gesamtheit der äußeren und inneren Tatseite auszugehen und die verschiedenen Umstände gegeneinander abzuwägen hat. Die Gesamtheit aller vom Richter zu beachtenden Strafzumessungserwägungen ist daher für die Einordnung in die Kategorie des besonders schweren Falles ausschlaggebend²⁾.

1) RGSt 69/169; BGH NJW 1952 S.234; BGH NJW 1953 S.1480; BGHSt 5/124 (130); Dreher ZStW Bd.77 S.220 (229), Schönke-Schröder Rdnr.38 vor § 13; § 266 Rdnr.57; Schwarz-Dreher Anm.1 B vor § 13; § 266 Anm.6 B c.

2) Vgl. Schönke-Schröder, Rdnr.28ff. vor § 13, § 266 Rdnr.57m.w.N.

Die Methode, nach der ein besonders schwerer Fall im einzelnen festzustellen ist, unterscheidet sich insoweit also in nichts von der Betrachtungsweise, nach der die im Regelstrafrahmen angedrohte Höchst- oder Mindeststrafe oder eine Strafe mittlerer Höhe zu verhängen ist. Daher sind die unbenannten Strafschärfungsgründe, jedenfalls dann, wenn keines der gesetzlichen Beispielsfälle sich darbietet, so zu behandeln, als wenn lediglich der Strafrahmen des Grunddelikts um die Möglichkeit des besonders schweren Falles erweitert worden wäre. Sie sind daher so zu handhaben, als bildeten sie zusammen mit dem Grunddelikt bzw. dem Regelfall einen einzigen Tatbestand.

Im Rahmen des Problems, ob ein Tatentschlossener zu einer anderen Tat angestiftet worden ist, kann mithin den unbenannten Strafbestimmungsgründen keine besondere Bedeutung zukommen. Diese Erkenntnis wird auch nicht durch den Umstand in Frage gestellt, daß die Annahme eines besonders schweren Falles nur berechtigt ist, wenn das Unrecht und die Schuld wesentlich erhöht sind¹⁾. Soweit der Gesetzgeber zur Kennzeichnung einer neuen Unrechtsstufe keine besonderen Tatbestandsmerkmale aufgeführt und es im wesentlichen dem Richter überlassen hat, im Einzelfall erhöhtes Unrecht festzustellen, besteht noch kein Anlaß, in der naturgemäß vagen und unsicheren Grenze zwischen Regelunrecht und erhöhtem Unrecht einen starren Maßstab zur Unterscheidung von Anstiftung und Beihilfe zu erblicken. Auf klare tatbestandliche Richtlinien hat man im Falle unbenannter Strafbestimmungsgründe u.a. aus der Erwägung heraus verzichtet, den Richter bei der Beurteilung des Lebenssachverhalts an keine festumrissenen Merkmale zu binden, die dem individuellen Tatgeschehen möglicherweise nicht gerecht würden. Dem Gesichtspunkt, sämtliche individuellen Faktoren des Einzelfalles zu berücksichtigen, widerspräche es jedoch, wollte man ohne nähere Prüfung des jeweiligen

1) Vgl. § 62 E 1962.

Tatablaufes im Hervorrufen eines besonders schweren Falles s t e t s Anstiftung annehmen, wenn der Täter zuvor bereits zu einem dem Regelstrafrahmen unterfallenden Verhalten entschlossen war.

Wie unbefriedigend eine Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe nach den Kriterien "Normalfall - besonders schwerer Fall" wäre, machen folgende Überlegungen zum Betrug nach § 263 Abs.4 StGB deutlich. Schwierigkeiten treten bereits bei der Frage auf, wann ein Betrug - etwa unter der Voraussetzung, daß allein die Höhe des Schadens erschwerend wirkt und keine sonstigen Umstände diese Bedeutung wieder ausgleichen - ein besonders schwerer im Sinne von § 263 Abs.4 StGB wird, bei einem Schaden von 500,-- DM, 5.000,- DM oder erst bei 50.000,- DM? Neigt man der Auffassung zu, der Betrug gehe ab einer Schadenshöhe von 10.000,-- DM in einen "besonders schweren" nach § 263 Abs.4 StGB über, so wird man dennoch Bedenken hegen, ab dieser Schadenshöhe, die ja nur eine ungefähre sein kann, schlechthin wesentlich erhöhtes Unrecht anzunehmen. Andernfalls wäre man gezwungen, eine erhebliche Unrechtsintensivierung zu bejahen, wenn der Dritte den zu einem Betrug über die Summe von 9.000,-- DM entschlossenen Täter bestimmt, das erwählte Opfer um 11.000,-- DM zu prellen. Den Dritten hier als Anstifter zu einer anderen Tat zu belangen, dürfte, zumal sich andere Entscheidungen anbieten, kaum befriedigen.

Die Frage, ob ein n e u e r Tatentschluß hervorgerufen ist, läßt sich daher ausschließlich unter Berücksichtigung derjenigen Bewertungsfaktoren beantworten, die zur Bewältigung von Abweichungen innerhalb ein und desselben Tatbestandes im zweiten Hauptteil entwickelt worden sind.¹⁾ Auch für unbenannte Strafbestimmungsgründe ist daher von der Unrechtssteigerung auszugehen, die sich bei einem Vergleich von der konkret geplanten und der konkret ausgeführten Tat ergibt.

1) S. 36ff.

Eine abweichende Beurteilung ist allerdings hinsichtlich solcher Strafschärfungen zu erwägen, bei denen sich das Gesetz nicht mit der Bezeichnung "schwerer Fall" oder "besonders schwerer Fall" begnügt, sondern mit Beispielen verdeutlicht, wann ein derartiger Fall anzunehmen ist. Nach Abs.2 des § 129 StGB - Gründung krimineller Vereinigungen - kann etwa gegenüber Abs.1 eine erheblich höhere Strafe verhängt werden, wenn "der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern gehört oder sonst ein besonders schwerer Fall vorliegt." Erblickt man in den Beispielsfällen eine abschließende gesetzliche Wertung, d.h. ist man der Auffassung, der Richter sei an die im Gesetz aufgeführten Beispiele gebunden, so könnte man die Frage, ob die Unrechtsabweichung zwischen Regelfall und erschwertem Fall wesentlich ist, generell an Hand der verschiedenen Unrechtsstufen beantworten, Anstiftung und Beihilfe also unabhängig vom konkreten Deliktsgeschehen abgrenzen. Indes wäre eine Untersuchung, welcher Kategorie die im Gesetz genannten Beispiele zuzuordnen sind, nämlich den benannten oder unbenannten Strafbestimmungsgründen, hier noch verfrüht. Zuvor ist zu klären, wie hinsichtlich der Strafschärfungsgründe zu verfahren ist, die unbedenklich als benannte anzusehen sind. Erst wenn feststeht, daß benannte Strafbestimmungsgründe abweichend von den unbenannten zu behandeln sind, tut es not, die gesetzlich aufgeführten Beispielsfälle näher zu beleuchten. Eine endgültige Lösung sei daher bis zur Klärung des Problems, welchen Einfluß benannte Strafbestimmungsgründe auf das Anstiftungsproblem haben, zurückgestellt.

b) Benannte Strafbestimmungsgründe

Mit benannten Strafbestimmungsgründen haben wir es zu tun, wenn die betreffenden Merkmale tatbestandsmäßig festgelegt sind. Sie zeichnen sich gegenüber den unbenannten Strafänderungsgründen dadurch aus, daß hier der Gesetzgeber eine Entscheidung, die dort erst der Richter fällen muß, bereits selbst getroffen hat. Gesetzliche Qualifizierungen sind daher nichts anderes als bedeutsame Vorwegentscheidungen des Gesetzgebers über Schwere der Tat und Schwere der Schuld.¹⁾

Sie sind die gesetzgeberische Beantwortung einer Frage, die sonst der Richter sich hätte stellen müssen.²⁾ Setzt der Gesetzgeber kasuistisch fest, welche Umstände im einzelnen zur Anwendung des schwereren Strafrahmens führen, so gelten sämtliche aufgeführten Modalitäten als strafferhöhend, mögen sie auch im Einzelfall nach der natürlichen Auffassung eine nur unerhebliche Unrechtssteigerung gegenüber einem Verhalten aufweisen, das unter den Grundtatbestand fällt. Der Richter ist an das Gesetz gebunden, das an die Erfüllung bestimmter Merkmale die unausweichliche Folge einer strengeren Strafdrohung knüpft. Mit der strafferhöhenden Wirkung bestimmter Umstände hat der Gesetzgeber eine neue Unrechtsstufe geschaffen, die sich als solche der richterlichen Wertung entzieht. Nur innerhalb dieser Stufe obliegt es dem Richter, das Unrecht näher zu bestimmen.

Gegenüber den unbenannten Strafschärfungsgründen besteht also ein erheblicher Unterschied, so daß es durchaus berechtigt sein kann, auch bei der Entscheidung, ob ein strafscharfendes Merkmal eine wesentliche Abweichung mit sich

1) Vgl. Dreher, Über die gerechte Strafe, S.61.

2) Schröder, Verhandl. d.41. DJT Bd.I 2.Halbbd.S.91, sowie Festschrift für Mezger S.426.

bringt, unterschiedlich vorzugehen. D.h. mit dem Weg, der bei unbenannten Strafschärfungsgründen zu beschreiten ist, zeichnet sich nicht der Weg ab, den man bei benannten Strafschärfungsgründen einzuschlagen hat. Mit dieser Feststellung ist indes noch nicht geklärt, ob ein anderer Weg vorzuziehen ist, und zwar der Weg zur abstrakten Betrachtungsweise, der zufolge die Frage nach der Wesentlichkeit der Unrechtsabweichung generell an Hand der abstrakten Deliktstatbestände zu lösen ist. Diesem Vorgehen stellen sich noch die Bedenken entgegen, die sich daraus ergeben, daß der Übergang vom Grunddelikt zur qualifizierten Tat nur einen kleinen Schritt erfordern kann. Erinnert sei an das Beispiel der Freiheitsberaubung, die über den ursprünglichen Plan hinaus um wenige Stunden auf eine die Qualifikation des § 239 Abs.2 StGB kurz überschreitende Zeitdauer ausgedehnt wird. Soll diese Zeitverlängerung, die an sich gegenüber der anfangs ins Auge gefaßten Dauer geringfügig ist, deshalb wesentlich sein und dem Tatgepräge ein so erheblich verändertes Unrechtsgepräge verleihen, weil die Tat mit ihr in eine andere Unrechtsstufe überwechselt? Im ersten Augenblick könnte man bereit sein, die Frage zu verneinen. Die Antwort wäre jedoch zu vorschnell.

Geringfügige Unrechtssteigerungen sind nicht allein beim Wechsel zwischen Grunddelikt und qualifizierter Tat denkbar. Sie können ebenfalls beim Übergang vom straflosen zum strafwürdigen Unrecht vorkommen. Um bei einer geringen Zeitverlängerung zu bleiben, sei als Beispiel die eigenmächtige Abwesenheit eines Soldaten von seiner Truppe gewählt. Der Soldat, der eigenmächtig seine Truppe verläßt oder ihr fernbleibt, macht sich nach § 15 WStG erst strafbar, wenn er länger als drei volle Tage abwesend ist. Unrechtmäßig verhält er sich aber schon mit dem eigenmächtigen Verlassen der Truppe bzw. dem Fernbleiben. Wer nun einen Soldaten, der unmittelbar vor Ablauf der dreitägigen Zeitspanne zu seiner Truppe zurückkehren will, dazu bestimmt,

die Rückkehr um ein oder zwei Stunden zu verschieben, hat an sich nur eine geringe Unrechtssteigerung hervorgerufen. Diese Unrechtssteigerung hat aber den Soldaten in den Bereich strafwürdigen Unrechts gebracht. Und hierfür ist der Dritte verantwortlich. Er hat dem unrechtmäßigen Verhalten des Soldaten eine strafrechtlich bedeutsame Wendung gegeben, die das tatsächliche Geschehen in ein anderes Licht rückt und es nicht mehr als dem Gewollten gleichstehend erscheinen läßt. Infolgedessen hat der Dritte als Anstifter für die gesamte Rechtsverletzung einzustehen.

Es zeigt sich somit, daß Unrechtssteigerungen, die losgelöst von der gesetzlichen Bewertung unerheblich sind, auf Grund einer gesetzgeberischen Entscheidung eine wesentliche Änderung des gesamten Unrechts gegenüber dem geplanten zur Folge haben. Strafloses und strafbares Unrecht sind dem Gesetz zufolge als verschieden anzusehen. Geplantes strafloses Verhalten und begangenes strafbares Unrecht stehen sich demnach nicht gleich, mag auch tatsächlich nur ein kleines Quantum an Unrecht hinzugekommen sein.

Ähnlich ist das Verhältnis von Grundtatbestand und darauf aufbauender straferhöhender Abwandlung zu beurteilen. Grundsätzlich kann das Unrecht, das regelmäßig mit Begehung des Grunddelikts gesetzt wird, durch eine Vielzahl von Umständen gesteigert werden. Aus der Gruppe aller denkbaren unrechtserhöhenden Umstände hat der Gesetzgeber nun einige typische herausgenommen und ihnen die Bedeutung verliehen, abschließend eine neue Unrechtsstufe zu kennzeichnen. Mögen im konkreten Fall auch andere im Gesetze nicht genannte Umstände eine Unrechtsvertiefung zur Folge haben, sie unterfallen der qualifizierenden Abwandlung ebenso wenig, wie unrechtsmindernde Erscheinungen des Tatgeschehens dazu führen, den gesetzlichen Qualifizierungsmerkmalen ihre unrechtserhöhende Bedeutung wieder zu nehmen. Die qualifi-

zierenden Merkmale bilden also auf Grund einer gesetzgeberischen Entscheidung eine eigene, tatbestandsmäßig klar abgegrenzte Unrechtsstufe.

Hat der Dritte nun veranlaßt, daß der Täter von einer gesetzlich festgelegten Unrechtsstufe in eine andere mit höherem Unrechtsgehalt überwechselt, so hat er die mit dem Übergang verknüpfte Unrechtssteigerung in entsprechendem Maße zu vertreten wie derjenige, der den Täter überhaupt erst in den Bereich strafbaren Unrechts geführt hat. Selbst wenn den Täter vor der Beeinflussung nur ein kleiner Schritt von der höheren Unrechtsstufe getrennt hat, muß dem Dritten, der ihn zur Verwirklichung des gesteigerten Unrechts veranlaßt hat, die gesamte Steigerung angerechnet werden, die mit der Erfüllung qualifizierender Merkmale verknüpft ist. Der Dritte hat nämlich bewirkt, daß das unrechtmäßige Verhalten des Täters unter einem neuen strafrechtlich relevanten Gesichtspunkt zu werten ist. Folglich kann die vom Dritten bewirkte Tatveränderung nicht allein deshalb für unerheblich erklärt werden, weil das Hinzugefügte an sich nur geringfügig ist. Bewirkt er beispielsweise auch nur, daß der Täter das Opfer um wenige Tage länger als vorgesehen einsperrt, so erhält die Tat doch ein anderes Gepräge, falls das Verhalten des Täters nunmehr dem § 239 Abs.2 StGB anstelle des Grundtatbestandes unterfällt.

Geht es also um die Strafbarkeit desjenigen, der den zum Grunddelikt entschlossenen Täter zur Verwirklichung eines qualifizierten Tatbestandes veranlaßt hat, so kann es nicht darauf ankommen, ob die Abweichung vom Ausgangsunrecht zum qualifizierten Unrecht im konkreten Einzelfall nur geringfügig ist. Soll festgestellt werden, ob die auf den Dritten zurückgehende Abweichung wesentlich ist, so ist vielmehr der abstrakten Betrachtungsweise zu folgen, nach der wesentliche oder unwesentliche Veränderungen an Hand der ab-

strakten Deliktstatbestände, nicht des konkreten Einzelfalles zu bestimmen sind.

Legt man den "abstrakten" Maßstab zugrunde, so ist für den vom BGH entschiedenen Ausgangsfall - Veranlassung des zum einfachen Raub entschlossenen Täters, einen Stock mitzuführen - folgendes vorläufige Ergebnis gewonnen: Ist zu klären, ob das Mitführen einer Waffe das Unrecht des geplanten Raubes nach § 249 StGB erheblich erhöht, so darf die Antwort nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Benutzung eines Stockes unter Berücksichtigung aller Besonderheiten der vorgesehenen Tat - etwa Alter des Opfers, körperliche Überlegenheit des jugendlichen Täters usw. - eine wesentliche Änderung der geplanten Straftat darstellt. Mit Aufnahme des Merkmals "Mitführen einer Waffe" in den Katalog der erschwerenden Umstände des § 250 StGB ist ein für alle mal festgelegt, daß das im Mitführen einer Waffe bestehende Unrecht eines einfachen Raubes nach § 249 StGB zumindest in dem Maße erhöht, daß die in § 250 StGB angedrohte Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis gegenüber einer Mindeststrafe von sechs Monaten Gefängnis in § 249 StGB zur Anwendung gelangt.

Damit ist allerdings die Frage, ob die Deliktsschwere so erheblich intensiviert ist, daß dem Bestimmenden das Gesamtunrecht als Anstifter zuzurechnen ist, noch nicht endgültig beantwortet. Soviel ist jedoch gewonnen: Die Antwort kann nicht von einem Vergleich zwischen geplantem und ausgeführtem Verhalten im Sinne eines tatsächlichen Geschehens abhängen, sondern ganz allgemein von den Richtlinien, die der Gesetzgeber dem System von Grunddelikten und darauf aufbauenden Abwandlungen zugrunde gelegt hat. Es gilt also nachfolgend herauszufinden, ob eine Qualifikation oder tatbestandliche Abwandlung höheren Unrechts eine so erhebliche Unrechtsintensivierung gegenüber dem

Grunddelikt enthält, daß der Dritte, der nur den qualifizierenden Teil hervorgerufen hat, als Anstifter und nicht nur als Gehilfe der begangenen Tat zu bestrafen ist.

c) Gesetzliche Beispiele im Rahmen unbenannter
Strafänderungsgründe

Bevor jedoch der Frage, wie stark benannte Strafänderungsgründe das Ausgangsunrecht generell erhöhen, nachgegangen wird, sei die Aufmerksamkeit zunächst den gesetzlichen Beispielen im Rahmen unbenannter Strafbestimmungsgründe zugewandt. Zu klären ist, ob sie entsprechend den Grundsätzen zu behandeln sind, die für unbenannte Strafänderungsgründe gelten, ob sich also Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Abweichung nach den konkreten Umständen des einzelnen Falles richten oder ob nicht vielmehr die abstrakte Betrachtungsweise Platz greift, die für benannte Strafbestimmungsgründe ausschlaggebend ist.

Keine Schwierigkeiten dürfte die Behandlung derjenigen Vorschriften bieten, die den Richter bei Vorliegen eines gesetzlich genannten Beispiels nicht zur Annahme eines besonders schweren Falles zwingen. Als Beispiel sei § 90 a Abs.3 StGB genannt, der zunächst eine gegenüber Abs.1 erhöhte Mindeststrafe androht und anschließend feststellt, daß ein besonders schwerer Fall i n d e r R e g e l vorliegt, wenn der Täter zu den Rädelsführern oder Hintermännern gehöre. Hier kann dem Gesetzeswortlaut nach kein Zweifel bestehen, daß der Richter dann keinen schweren Fall anzunehmen gezwungen ist, wenn etwa außergewöhnliche, Unrecht und Schuld deutlich mindernde Umstände die Einreihung in die Gruppe der besonders schweren Fälle verbieten.¹⁾

1) BGH NJW 1965 S.452; Schwarz-Dreher § 90a Anm.2D.

Den Beispielen fällt hier nur die Aufgabe zu, dem Richter nähere Anhaltspunkte zu geben, die ihm die Feststellung eines besonders schweren Falles erleichtern sollen. Beispiele dieser Art sind daher in die unbenannten Strafbestimmungsgründe eingebettet, ohne daß ihnen eine besondere Stellung einzuräumen wäre. Sie sind daher auch im Rahmen der Anstiftungsproblematik nicht anders zu behandeln als die übrigen unbenannten Strafschärfungsgründe. Ob der Dritte eine wesentliche Änderung der genannten Tat hervorgerufen hat, bestimmt sich daher ausschließlich nach der Unrechtssteigerung, wie sie im konkreten Tatgeschehen zum Ausdruck gelangt.

Eine andere Beurteilung könnte indes hinsichtlich solcher Beispiele Platz greifen, bei deren Vorliegen der Richter zur Annahme eines schweren Falles gezwungen ist. Nach überwiegender Meinung¹⁾ sind etwa in den Erschwerungsfällen, wie sie § 292 Abs.2 StGB aufzählt, Beispiele zu sehen, die den Richter binden. Man könnte nun der Meinung sein, daß eine Behandlung entsprechend den benannten Strafbestimmungsgründen zu rechtfertigen sei, weil der Gesetzgeber hinsichtlich der bindenden Beispiele eine abschließende Regelung getroffen hat. Ob es allerdings tatsächlich geboten ist, den Dritten als Anstifter zur Jagdwilderei nach § 292 Abs.2 StGB zu bestrafen, wenn er den Täter, der sein Vorhaben einen Tag vor Beginn der Schonzeit ausführen will, dazu überredet, die Verwirklichung um einen Tag hinauszuschieben, erscheint doch sehr zweifelhaft. Zu berücksichtigen bleibt nämlich, daß auch im Falle bindender Beispiele diese nicht isoliert beträcht werden dürfen. Sie enthalten

1) BGH St 5/211; OLG Braunschweig NJW 1953 S.1528; OLG Hamm NJW 1962 S.60; Schwarz-Dreher, § 292 Anm.9A. A.A. OLG Koblenz JZ 1953, S.279; Schönke-Schröder, § 292 Rdnr.22.

schließlich keine abschließende gesetzliche Normierung der strafändernden Umstände, vielmehr geben sie nur eine beispielhafte Aufzählung der wichtigsten Fälle ohne eine abschließende, den Richter auf diese Fälle beschränkende Wirkung. Der Richter ^{ist} befugt, neben die gesetzlich geregelten Fälle weitere zu stellen und damit die erhöhte Strafdrohung anzuwenden. Die Beispiele haben daher nur die Aufgabe, als Strafzumessungsregel zu dienen, ohne daß eine Tatbestandsänderung mit ihnen verbunden wäre. Im Rahmen der Anstiftung hat ihre Bewertung daher den Richtlinien zu folgen, die für unbenannte Strafänderungsgründe gelten. Bestätigt wird dies Ergebnis durch den Einfluß, den gesetzlich aufgeführten Beispiele auf die Änderung des Deliktscharakters haben. Betrachtet man die betreffenden Beispiele isoliert, so könnte man durchaus zu dem Ergebnis gelangen, sie seien ebenso wie die benannten Straferschwerungsgründe geeignet, den Deliktscharakter zu verändern. Nach h.M.¹⁾ ändern jedoch die gesetzlich aufgeführten Beispiele den Deliktscharakter ebensowenig wie die übrigen schweren oder besonders schweren Fälle. Daraus folgt für die Frage, wann die Abweichung vom Grunddelikt zu einem Beispielsfall innerhalb unbenannter Strafbestimmungsgründe mit einer erheblichen Unrechtssteigerung verknüpft ist, daß allein die konkreten Umstände des Einzelfalles Aufschluß darüber geben, wie stark der Dritte das bereits beplante Unrecht erhöht hat. Danach kann derjenige, der den zur Wilderei kurz vor der Schonzeit Entschlossenen dazu veranlaßt, die Tat kurze Zeit später auszuführen, nicht Anstifter, sondern allenfalls Gehilfe sein.

1) RGSt 69/53; BGH St 11/241; Jagusch LK § 1 Anm.3a (S.49); Schönke-Schröder § 1 Rdnr.7; Rdnr.35 vor § 13; A.A.BGH St.8/168; Schwarz-Dreher § 1 Anm.1D.

2. Die Stärke der Unrechtsintensivierung einer Qualifikation gegenüber dem Grunddelikt

Für die benannten Strafbestimmungsgründe, d.h. diejenigen strafändernden Umstände, die eine abweichende gesetzgeberische Normierung enthalten, bleibt indes eine weitere Frage zu entscheiden. Wenn die Frage, ob der Übergang vom Grunddelikt zur qualifizierenden Abwandlung wesentlich ist, abstrakt an Hand der jeweiligen Deliktstatbestände festzustellen ist, so ist zu klären, ob z.B. eine Qualifikation einen erheblich höheren Unrechtsgehalt als der Ausgangstatbestand aufweist.

Zunächst dürfte allein schon eine gewisse Vermutung für einen e r h e b l i c h erhöhten Unrechtsgehalt der Qualifikation gegenüber dem Grunddelikt aus der Tatsache sprechen, daß der Gesetzgeber es überhaupt für erforderlich hielt, tatbestandliche Abwandlungen mit einem gegenüber dem Grunddelikt abgehobenen Strafraumen zu schaffen. Nur unwesentliche oder durchschnittliche Steigerungen der Tatschwere hätten sich auch - anstelle durch Bildung neuer Abwandlungen - mit der für den Grundtatbestand angedrohten Strafe oder mit einer geringfügigen Erweiterung des Ausgangsstraframes bewältigen lassen.

Diese Vermutung wird bestätigt, wenn man die einzelnen Abwandlungen einer besonderen Prüfung unterzieht. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Grad der Deliktsschwere seinen sinnfälligen Ausdruck sowohl in dem Inhalt des tatbestandlich umschriebenen Unrechts, also den Unrechtsvoraussetzungen, als auch in der Höhe der Strafdrohung, d.h. den Unrechtsfolgen, finden kann.

a) Die Deliktsvoraussetzungen als Maßstab der
Unrechtsintensität

Betrachtet man die durch Körperverletzung oder Todesfolge qualifizierten Delikte (§§ 239 Abs.2 gegenüber Abs.1; 178 im Verhältnis zu 176 und 177; 224 und 226 gegenüber 223; 251 im Verhältnis zu 249ff.; 307 gegenüber 306 StGB), so muß die Frage, ob das hinzukommende Unrecht das Ausgangsunrecht erheblich vergrößert, ohne jede Einschränkung bejaht werden. Bestimmt A den zum Raub entschlossenen B, das in Aussicht genommene Opfer zusätzlich schwer zu mißhandeln oder gar zu töten, so hat er das bereits geplante Unrecht so erheblich übersteigert, daß der von ihm hervorgerufene Teil des Entschlusses gegenüber dem bereits vorhandenen vorherrschend ist.

Nicht so einfach läßt sich demgegenüber die Frage beantworten, wie stark das Unrecht in den Qualifikationen erhöht ist, die durch einzelne kasuistisch aufgeführte Merkmale gekennzeichnet sind. Typische Beispiele dafür bieten der schwere Diebstahl gegenüber dem einfachen und der schwere Raub im Verhältnis zum einfachen Raub, deren qualifizierenden Merkmale (Mitführen einer Waffe usw.) zum Teil übereinstimmen.

Versucht man, den Grad der Unrechtssteigerung zu erfassen, der z.B. im Mitführen einer Waffe nach § 243 I Nr. StGB gegenüber § 242 StGB liegt, so ist zu berücksichtigen, daß das Gesamtverhalten des Täters, der eine Waffe zu dem Zweck mit sich führt, sie u.U. bei der Tat oder zur Sicherung des

Rückzuges zu gebrauchen,¹⁾ weitaus gefährlicher ist und von einer erhöhten verbrecherischen Energie zeugt, als wenn er die Tat ohne Waffenschutz ausgeführt hätte. Bestätigt wird diese Auffassung, wenn man sich die herausgehobene Stellung des Diebstahls mit Waffen vor Augen hält, wie sie im E 1962 vorgesehen ist. Der E 1962 ersetzt zwar die als ungerecht empfundene kasuistische Aufzählung strafferhöhender Modalitäten durch sog. Regelbeispiele - Leitbilder, an denen der Richter sich bei Feststellung eines besonders schweren Falles zu orientieren hat -, beim Diebstahl mit Waffen bleibt er aber bei der tatbestandlich abschließenden Regelung des geltenden Rechts²⁾. Der Auffassung des Entwurfs liegt die Erwägung zugrunde, daß der verbrecherische Wille, der im Mitführen von Waffen zum Ausdruck kommt, und die Gefahr, die ein solches Verhalten darstellt, so schwerwiegend seien, daß eine noch höhere Mindeststrafe, als das geltende Recht sie androht (sechs Monate gegenüber drei Monaten Gefängnis) gerechtfertigt sei³⁾. Nach alledem dürfte der Schluß berechtigt sein, in einem Diebstahl bzw. einem Raub mit Waffen gegenüber dem Ausgangstatbestand eine Unrechtssteigerung zu erblicken, die als erheblich zu bezeichnen ist.

1) Nach der überwiegenden Meinung muß der Täter bei Gegenständen, die nicht Waffen im technischen Sinn sind, wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet haben, sie bei der Tat als Waffe zu verwenden. Vgl. RGSt 68/238 (239). BGHSt 3/230f(232ff.); OLG Hamm HEST 2/23; OLG Celle MDR 1950 S.371; Mezger-Blei II S.145; Schwarz-Dreher § 243 Anm.5. Abweichend Frank § 243 Anm.VI, Schönke-Schröder § 243 Rdnr.42, nach denen der Gegenstand, gleichgültig, ob es sich um eine Waffe im technischen oder untechnischen Sinn handelt, zu dem Zweck mitgeführt werden muß, ihn evtl. bei der Tat oder bei der Sicherung des Rückzuges zu benutzen.

2) § 237 E 1962.

3) Vgl. die amtliche Begründung zu § 237 E 1962, S.406.

Nicht ganz so deutlich kommt die Unrechtsintensivierung in den übrigen Alternativen zum Ausdruck. § 243 StGB ist häufig als Beispiel unzulänglicher gesetzlicher Bewertung genannt worden¹⁾. Wenn auch zu Recht geltend gemacht wird, daß seine veraltete und überholte Kasuistik in manchen Fällen zu einer heute kaum noch verständlichen Abgrenzung zwischen einfachem und schwerem Diebstahl - so etwa beim Kraftfahrzeugdiebstahl - führe, so darf darüber nicht vergessen werden, daß es sich um Ausnahmefälle handelt. Im großen und ganzen hat eine Neubewertung der Deliktsgrößen im Entwurf die für einen schweren Diebstahl typischen Fälle, wie sie § 243 StGB nennt, bestätigt, wenn sie auch nicht mehr in kasuistischer Aufzählung, sondern als sog. Regelbeispiele auftauchen²⁾. Es mag sein, daß manche Alternativen nicht gerade überzeugende Beispiele für eine erhebliche Unrechtsintensivierung bieten. Derartige Einzelfälle reichen aber nicht aus, der Abweichung vom Grunddelikt zur qualifizierten Abwandlung schlechthin eine wesentliche Unrechtssteigerung abzusprechen. Das Ergebnis, die Deliktschwere werde durch qualifizierende Merkmale wesentlich erhöht, wird nämlich noch durch ein weiteres Argument erhärtet.

1) Vgl. etwa Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S.14m.w.N.

2) Vgl. § 236 E 1962 und die amtliche Begründung auf S.400ff.

b) Die Deliktsfolgen als Gradmesser der Tatschwere

Neben dem Inhalt des tatbestandlich umschriebenen Unrechts geben auch Art und Höhe der angedrohten Strafe Anhaltspunkte für die jeweilige Deliktsschwere¹⁾. Der Strafraumen als Vergleichsbasis ist allerdings nicht ganz unproblematisch. Soweit eine Rangordnung zwischen Tatbeständen mit unterschiedlichem Rechtsgüterschutz - z.B. zwischen Eigentum und Ehre - aufgestellt werden soll, bieten nämlich die gesetzlichen Strafdrohungen einen recht unsicheren oder gar trügerischen Maßstab.²⁾ Geht es indessen um die Feststellung, in welchem Umfang das Unrecht innerhalb derselben Unrechtsrichtung intensiviert wird, kann demgegenüber von einer gemeinsamen Vergleichsbasis, hier dem Grundtatbestand, auf dem die qualifizierende Abwandlung aufbaut, ausgegangen werden. Knüpft also der Gesetzgeber an die Erfüllung qualifizierender Merkmale sehr viel einschneidendere Rechtsfolgen als an die Verletzung des Grunddelikts, so kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß die qualifizierende Abwandlung gegenüber dem Grunddelikt weitaus gravierender ist.

Vergleicht man dementsprechend die einzelnen Grunddelikte und ihre Abwandlungen nach Art und Höhe der angedrohten Strafe, so bietet sich folgendes Bild: Stellt man einfachen und schweren Raub gegenüber, so besteht - auf die für die Praxis besonders wichtige Mindeststrafe abgestellt - der Strafraumen des § 249 StGB in der Androhung von Zuchthausstrafe, bei Vorliegen mildernder Umstände (§ 249 Abs.2 StGB) nicht unter sechs Monaten Gefängnis. Demgegenüber erhöht sich

1) v.Hippel II S.98; Frank, Nachtrag zur 18.Aufl., S.10.
Vgl. auch Sarstedt, Verhandlungen des 41.DJT Bd.II Teil D S.47, der darauf hinweist, daß der jeweils angedrohten Mindeststrafe größere praktische Bedeutung zukomme als der Höchststrafe.

2) Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, S.157.

in § 250 StGB die Mindeststrafe auf fünf Jahre Zuchthaus, im Falle mildernder Umstände (§ 250 Abs.2 StGB) auf ein Jahr Gefängnis. Selbst wenn man berücksichtigt, daß sich Grade des Unrechts nicht mathematisch berechnen lassen, können die unterschiedlich hohen Strafdrohungen, die in der Abwandlung zum Teil doppelt so hoch wie im Grunddelikt sind, als Beweis dafür gelten, daß der Gesetzgeber mit Einführung qualifizierender Abwandlungen Tatbestände mit wesentlich erhöhtem Unrecht geschaffen hat.

Das wird besonders deutlich bei der Betrachtung solcher Qualifikationen, die zugleich mit der Schärfung des Strafrahmens den Deliktscharakter ändern. Sie nehmen unter den Tatbeständen des Besonderen Teils unseres Strafgesetzbuches einen bedeutenden Platz ein. Zahlenmäßig treten sie fast ebenso häufig wie die übrigen Abwandlungen auf, darüberhinaus enthalten sie die für die Praxis wichtigsten Vorschriften, z.B. Diebstahl und schweren Diebstahl. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien außerdem erwähnt¹⁾:

Der Meineid (§ 154 StGB) gegenüber der uneidlich falschen Aussage (§ 153 StGB), die schwere gleichgeschlechtliche Unzucht (§ 175a StGB) gegenüber der Unzucht zwischen Männern nach § 175 StGB; die Freiheitsberaubung nach § 239 Abs.2 StGB im Verhältnis zu derjenigen nach § 239 Abs.1 StGB; die räuberische Erpressung (§ 255 StGB) gegenüber der Erpressung gem. § 253 StGB; die schwere Falschbeurkundung (§ 272 StGB) im Verhältnis zur mittelbaren Falschbeurkundung nach § 271 StGB; die schwere passive Bestechung (§ 332 StGB) gegenüber der einfachen (§ 331 StGB) sowie schließlich die

1) Es wird hier zur Bestimmung des Deliktscharakters die herrschende abstrakte Methode unter Berücksichtigung der angedrohten Höchststrafe zugrunde gelegt. Vgl. Schönke-Schröder § 1 Rdnr.3ff. m.w.N.

schwere Amtsunterschlagung (§ 351 StGB) im Verhältnis zur einfachen (§ 350 StGB).

Um etliches umfangreicher wird der Kreis noch, wenn man die Delikte hinzunimmt, die zwar keine Qualifikationen im eigentlichen Sinne darstellen, deren Einbeziehung aber nach der konkreten Fragestellung sachlich gerechtfertigt ist: z.B. § 249 StGB gegenüber den §§ 240 und 242 StGB; bestimmte erfolgsqualifizierte Delikte¹⁾ wie die §§ 224, 226, 251, 307 StGB im Verhältnis zu dem jeweiligen Grunddelikt und schließlich auch der Grundtatbestand als das schwerere Delikt gegenüber privilegierenden Abwandlungen, so der Diebstahl als Vergehen nach § 242 StGB gegenüber dem Mundraub als Übertretung nach § 370 Ziff. 5 StGB.

Die deliktsändernden Abwandlungen sind insbesondere deshalb ein Beweis für die Richtigkeit der Annahme, das in ihnen verkörperte Unrecht sei gegenüber dem des Grundtatbestandes erheblich erhöht, weil einmal der Unterschied im Strafraumen hier besonders deutlich hervortritt. So ist z.B. eine Steigerung von Gefängnis (bis zu fünf Jahren) auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren als repräsentative Strafraumenerhöhung anzutreffen.

Zum anderen spricht der Übergang in eine andere Verbrechenklasse für eine weitere Verstärkung des Unrechtsgehalts. Zwar besteht zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen kein qualitativer Unterschied derart, daß das sittliche Unwerturteil über Tat und Täter jeweils grundverschieden ist, die Auswirkungen der Dreiteilung lassen aber einen weiteren Rückschluß dahin zu, daß die deliktsändernden Abwandlungen gegenüber dem Grundtatbestand wesentlich erhöhtes Unrecht enthalten.

1) Soweit der Täter nach Bestimmung durch den Anstifter die qualifizierende Folge vorsätzlich herbeiführt, bestehen gegen die Einreihung in diesen Problemkreis keine Bedenken.

So legt z.B. § 43 Abs.2 StGB fest, daß der Versuch eines Vergehens nur kraft ausdrücklicher Vorschrift strafbar ist; die Fristen der Strafverfolgungsverjährung sind in § 67 StGB danach abgestuft, ob es sich um Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen handelt. Weiter hat diese Unterscheidung Bedeutung für die §§ 6,20a,27ff., 40,42c,42l,49,49a,49b,74, 138,143,151 und 257 StGB. Auch im Verfahrensrecht werden Verbrechen, Vergehen und Übertretungen mehrfach verschieden behandelt, so z.B. hinsichtlich der Geltung des Legalitätsprinzips und Opportunitätsprinzips (§§ 153ff. StPO), hinsichtlich der notwendigen Verteidigung (§ 140 Abs.1 Nr.2 StPO) oder der Möglichkeit, einen Strafbefehl oder eine Strafverfügung zu erlassen (§§ 407,413 StPO).

Daß es sich bei den genannten Auswirkungen nicht eigentlich um Sanktionen handelt, nimmt ihnen nicht die Bedeutung, als Indiz für einen höheren Unwertgehalt zu stehen. Der Gesetzgeber kann nämlich eine Tat für so strafwürdig erachten, daß eine hohe Strafdrohung, die nur die vollendete Tat trifft, als nicht ausreichend erscheint, eine Bestrafung auch des Versuchs deshalb erforderlich ist. Ebenso kommt z.B. in der Anordnung nach § 153 StPO, eine Einstellung des Verfahrens wegen Geringfügigkeit der Schuld auf Übertretungen und Vergehen zu beschränken, die Auffassung des Gesetzgebers zum Ausdruck, Verbrechen stärker als Vergehen und Übertretungen zu mißbilligen.

Die nach dem Schweregrad gestaffelten Folgen lassen also erkennen, daß sich Übertretungen, Vergehen und Verbrechen als Gruppen unterschiedlich starken Gewichts gegenüberstehen. Den Auswirkungen, die sich an die Änderung des Deliktscharakters knüpfen, ist daher ein weiterer Hinweis zu entnehmen, daß der Wechsel vom Grunddelikt zur qualifizierten Tat mit einer wesentlichen Unrechtserhöhung verbunden ist.

Insgesamt läßt sich also feststellen, daß verschiedene Erwägungen zu dem Schluß führen, den qualifizierenden Abwandlungen gegenüber dem Grunddelikt einen erheblich erhöhten Unrechtsgehalt beizumessen. Zunächst kommt eine wesentlich erhöhte Unrechtssteigerung bereits in der tatbestandlichen Umschreibung, d.h. den Deliktsvoraussetzungen zum Ausdruck; strafe erhöhende Abwandlungen betreffen nämlich Verhaltensweisen, die regelmäßig weitaus gefährlicher und Ausdruck stärkerer verbrecherischer Energie sind als ein dem Ausgangstatbestand unterfallendes Verhalten. Noch deutlicher wird diese Schlußfolgerung indes bei Betrachtung der Deliktsfolgen, d.h. bei Berücksichtigung von Art und Höhe der Strafdrohung. In der Regel drohen Qualifikationen - auf die für die Praxis besonders wichtige Mindeststrafe abgestellt - eine doppelt so hohe Strafe wie die jeweiligen Grunddelikte an. Stellt man darüberhinaus noch die Folgen in Rechnung, die bei den häufig auftretenden deliktsändernden Abwandlungen mit dem Übergang in eine andere Verbrechensklasse verbunden sind, so ist der Schluß berechtigt, den Qualifikationen einen erheblich höheren Unrechtsgehalt als den Ausgangstatbeständen beizumessen.

Für die Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe hinsichtlich der Beeinflussung eines zum Grunddelikt Entschlossenen, die Tat unter qualifizierenden Umständen zu begehen, ergibt sich daher folgendes Bild: Um zu klären, ob der Dritte eine wesentliche Unrechtssteigerung, die Anstiftung begründet, oder eine nur unwesentliche Vertiefung des Unrechts, die zur Beihilfe führt, hervorgerufen hat, sind geplante und ausgeführte Tat gegenüberzustellen. Allerdings ist bei einem Vergleich nicht vom konkreten Tatgeschehen mit seinen individuellen Besonderheiten auszugehen; ob eine Abweichung wesentlich ist, bestimmt sich vielmehr abstrakt nach der Einteilung, die der Gesetzgeber mit der Einführung von Grunddelikten und tatbestandlichen Abwandlungen geschaffen hat. Es gilt

also, die Vertiefung des Unrechts zu bestimmen, die generell mit der Verwirklichung qualifizierender Umstände verknüpft ist. Überprüft man unter diesem Blickwinkel die im geltenden Recht auftauchenden tatbestandlichen Abwandlungen, so gelangt man auf Grund der Unrechtssteigerung, die einmal in der tatbestandlichen Umschreibung, zum anderen in den Rechtsfolgen ihren Ausdruck findet, zu dem Ergebnis, daß das Ausgangsunrecht durch qualifizierende Umstände **w e s e n t l i c h** erhöht wird. Der Dritte, der den zum Grunddelikt entschlossenen Täter zur Verwirklichung dieser Umstände veranlaßt hat, muß sich daher eine erhebliche Unrechtssteigerung des zunächst vorgesehenen Tatgeschehens zurechnen lassen. Er ist daher als Anstifter der begangenen qualifizierten Tat zu bestrafen.

Vierter Teil

Geplante und begangene Tat erfüllen verschiedene, aber verwandte Tatbestände

Abschließend sei eine Fallgruppe näher beleuchtet, die dadurch gekennzeichnet ist, daß zunächst vorgesehene und dann ausgeführte Tat unter verschiedene gesetzliche Tatbestände fallen, diese Tatbestände einander aber nahe stehen und daher zweifelhaft sein kann, ob eine wesentliche oder unwesentliche Abweichung vorliegt. Die Frage, um die es geht, sei an folgendem Beispiel veranschaulicht:

B will sich den PKW des X verschaffen. Zu diesem Zweck will er dem X gegenüber als angeblicher Kriminalbeamter auftreten und in dieser Eigenschaft das Fahrzeug beschlagnahmen und fortschaffen (§ 242 StGB)¹⁾.

A rät dem B, statt dessen dem X Folgendes vorzuspielen: Seine, des X Frau, die gerade beim Friseur sei, und wegen des Regens nicht fort könne, habe ihn geschickt, damit er sie schnellstens mit dem Wagen abhole. Der Plan gelingt. B verschwindet mit dem von X herausgegebenen PKW (§ 263 StGB).

Hat A einen neuen, Anstiftung begründenden Entschluß in B hervorgerufen?

-
- 1) Es ist Diebstahl und nicht Betrug anzunehmen, weil es am Merkmal einer innerlich freien Vermögensverfügung fehlt. Handelt der Hingebende in einer innerlichen Zwangslage, die unter dem Druck der Vorstellung veranlaßt wurde, ein Widerstand sei untunlich und zwecklos, wie hier gegenüber dem angeblichen Kriminalbeamten, so bleibt ihm gar kein Raum mehr für einen eigenen Willensentschluß.- So BGHZ 5/365; BGH NJW 1952 S.797 Nr.26; BGH NJW 1953 S.53 Nr.17; Jagusch LK § 242 Anm.III 1 (S.330); § 263 Anm.4 (S.448). Schönke-Schröder § 263 Rdnr.43; Schröder ZStW Bd.60 S.33(43).

Ließen sich beide Taten unter d e n s e l b e n Straftatbestand subsumieren, wäre die zu treffende Entscheidung unproblematisch. A hätte nach den im zweiten Hauptteil herausgearbeiteten Bewertungsfaktoren eine nur unerhebliche Abweichung vom bereits gefaßten Entschluß des Täters zu verantworten. Er könnte daher allenfalls wegen psychischer Beihilfe nach § 49 StGB zur Verantwortung gezogen werden. Hier ist jedoch die Besonderheit zu beachten, daß der Einflußnehmende den Täter zu einer Tat bestimmt hat, die unter eine a n d e r e Strafvorschrift als die ursprünglich geplante fällt. Es geht im folgenden also um die Frage, ob und wann eine Gleichstellung von Taten, die nach natürlicher Betrachtungsweise nur unwesentlich voneinander abweichen und dementsprechend als identisch anzusehen sind, aus rechtlichen Erwägungen wegen der Subsumtion unter einen anderen Straftatbestand auszuschneiden hat.

1. Parallelen zwischen Anstifterproblematik und Exzeßproblematik

Stellungnahmen der Rechtsprechung und der Lehre liegen zu der Frage, inwieweit Anstiftung bei der Auswechslung eines Straftatbestandes durch einen anderen, aber vergleichbaren Tatbestand anzunehmen ist, nicht vor. Äußerungen sind jedoch zu der ähnlich gearteten Exzeßproblematik ergangen, d.h. zu den Fällen, in denen der Täter den gemeinsamen Tatplan in veränderter Gestalt ausführt, und zwar derart, daß die Voraussetzungen eines anderen, wenn auch verwandten Straftatbestandes erfüllt sind. Früher wurde bereits dargelegt¹⁾, daß - ungeachtet einiger Besonderheiten²⁾ - Exzeßproblematik und Anstifterproblematik Parallelen aufweisen, weil auf beiden Gebieten die Frage auftritt, ob die

1) oben S. 30f.

2) Besonderheiten gelten z.B. für rechtliche Plus-Minusverhältnisse. Vgl. S.147ff.

Abweichung vom Vorsatz des Tatbeteiligten bzw. vom bereits gefaßten Tatentschluß des Haupttäters wesentlich ist. Es fragt sich daher, ob sich aus der Exzessproblematik Erkenntnisse für die Anstifterproblematik gewinnen lassen, soweit der Täter zu einem anderen, aber ähnlichen Straftatbestand überwechselt.

Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ sind sich beim Exzeß darüber einig, daß die Verletzung einer anderen Strafvorschrift die Teilnehmerhaftung nicht entfallen läßt, wenn zwischen vorgestelltem und ausgeführtem Delikt eine nahe tatbestandliche Verwandtschaft besteht. Streit herrscht allerdings darüber, wonach das Verhalten des Teilnehmers zu beurteilen ist, ob nach der vorgestellten oder nach der ausgeführten Tat.³⁾ Die Streitfrage mag indes auf sich beruhen. Sie

-
- 1) RGSt 67/343 (346): Bestrafung des Gehilfen wegen der vorgestellten Tat nach § 243 Ziff.5 StGB, obwohl der Haupttäter wegen räuberischer Erpressung nach § 255 i.V. mit den §§ 253,249,250 Ziff.1 StGB verurteilt wurde.

Der BGH (BGHSt 11/66ff.) nimmt Strafbarkeit wegen Teilnahme zum Betrug an, obwohl die Täter die dem Teilnehmer bekannte Täuschungshandlung nicht zur Herbeiführung einer hierdurch unmittelbar veranlaßten irrtumsbedingten Vermögensverfügung (§ 263 StGB), sondern - ohne Wissen des Teilnehmers - den täuschungsbedingten Irrtum nur als Anknüpfungspunkt ihrer erpresserischen Drohungen benutzten und daher wegen Erpressung zu bestrafen waren.

- 2) Baumann AT S.561; ders. Strafrechtsfälle AT, Fall 25, S.149; Maurach AT S.585; Mezger-Blei I S.284f.; Schönke-Schröder § 49 Rdnr. 18 und 19.
- 3) Für eine Akzessorietätslockerung: RGSt 67/343(346); BGHSt 11/66ff.; Baumann AT S.561; ders. Strafrechtsfälle AT, Fall 25, S.149; Mezger-Blei I S.284.
A.A. Schönke-Schröder § 49 Rdnr.19.

ist nur für den Bereich des Exzesses, nicht jedoch für die anstehende Problematik von Bedeutung. Ist zu klären, ob die von dem Dritten hervorgerufene Abweichung vom bereits gefaßten Tatentschluß wesentlich ist, so kommt es nur darauf an, inwieweit die in Frage stehenden Straftatbestände einander gleichstehen. Mit dieser Frage hat sich im Rahmen des Exzesses aber sowohl die Meinung, die den Teilnehmer wegen der vorgestellten Tat haften läßt und damit eine Akzessorietätslockerung befürwortet, wie die gegenteilige Ansicht auseinanderzusetzen.

Von Einzelfällen abgesehen, ist jedoch für den Bereich des Exzesses noch ungeklärt, wann eine Abweichung wesentlich ist, nach welchen Kriterien also eine nahe tatbestandliche Verwandtschaft zwischen vorgestelltem und ausgeführtem Delikt festzustellen ist. Einen beachtenswerten Vorschlag zur Lösung dieser Frage bringt Baumann.¹⁾ Nach ihm soll der Beurteilungsmaßstab den Grundsätzen zu entnehmen sein, die für die Wahlfeststellung gelten. Der Bereich der Teilnehmerstrafbarkeit soll danach dem Umfang entsprechen, in dem wahlweise Feststellung zulässig ist. Nahe verwandt sollen Straftatbestände also dann sein, wenn sie "rechtsethisch und psychologisch vergleichbar" sind. Ob Baumann mit der Übernahme dieses Maßstabes einen Weg gewiesen hat, der für den Bereich des Exzesses eine tragfähige Grundlage zur Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Abweichungen bietet, kann hier freilich dahinstehen. Nachzugehen ist vielmehr allein der gleich gearteten Frage, ob die Merkmale "rechtsethisch und psychologisch vergleichbar" geeignet sind, die Deliktsvorschriften zu kennzeichnen, deren Auswechslung im Falle der Beeinflussung eines Tatentschlusses unerheblich ist.

1) AT S.561; JuS 1963 S.134; Strafrechtsfälle AT, Fall 25, S.149.

2. Die Formel von der "rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit" als Abgrenzungskriterium

Unterzieht man beide Problemkreise - Beeinflussung eines bereits zur Tat Entschlossenen einerseits und wahlweise Feststellung andererseits - einer näheren Betrachtung, so stellt man in der Tat auffällige Gemeinsamkeiten fest. Ausgegangen sei von dem eingangs gebrachten Fall, in dem A den zum Diebstahl entschlossenen B dazu bestimmt, durch an sich geringfügige Veränderungen des zuvor gefaßten Tatplanes statt des Diebstahls einen Betrug zu verüben. Erkennt man an, daß unter besonderen Umständen der Übergang vom Diebstahl zum Betrug unwesentlich ist, so kann B bereits als "omni modo facturus" hinsichtlich des später tatsächlich ausgeführten Betruges nach § 263 StGB angesehen werden. In diesem Fall würde die Strafbarkeit des A wegen Anstiftung zu dieser Tat entfallen. Dem Ergebnis - Bestrafung des A wegen Beihilfe zum Betrug - stünde dann nichts mehr im Wege.

Die Schwierigkeiten, die durch eine wahlweise Feststellung aus dem Wege geräumt werden sollen, sind ähnlicher Art. Mit erreichbarer Gewißheit läßt sich etwa nur ermitteln, daß der Beschuldigte einen von zwei oder drei Tatbeständen erfüllt haben muß, jedoch ist unaufklärbar, welchen von diesen allein möglichen er tatsächlich verwirklicht hat. Es läßt sich beispielsweise nicht feststellen, ob der Täter dem Opfer die Sache gewaltsam weggenommen hat (§ 249 StGB) oder ob er sie sich unter Anwendung von Gewalt gegen den Verletzten hat geben lassen (§ 255 StGB). Oder - in Anlehnung an den eingangs gebrachten Fall - es kann dem Täter nicht nachgewiesen werden, ob er den PKW durch die Vor Spiegelung, Kriminalbeamter zu sein, erlangt hat oder ob er sich mit Hilfe der falschen Angabe, für die Ehefrau des Opfers den PKW abzuholen, den Besitz verschafft hat. Da keine Tat eindeutig festgestellt werden kann, müßte der Täter eigentlich nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" mangels

Beweises freigesprochen werden. Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu verhindern, läßt die herrschende Meinung¹⁾ aus Gründen der Gerechtigkeit und aus kriminalpolitischen Bedürfnissen eine alternative Feststellung innerhalb bestimmter Grenzen zu. Die Rechtsprechung²⁾ verlangt unter Billigung des größten Teils der Lehre³⁾ für die Zulässigkeit der Wahlfeststellung, daß die in Betracht kommenden Tatbestände eine innere Verwandtschaft im Sinne einer rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit aufweisen. Wahlweise Feststellung und Anstifterproblematik stimmen also darin überein, daß in beiden Bereichen die Frage auftaucht, inwieweit Straftatbestände gleichgestellt werden können. Bei unbefangener Betrachtung erscheint es daher angebracht, die für den Bereich der Wahlfeststellung entwickelten Abgrenzungskriterien auf die Anstifterproblematik zu übertragen und Anstiftung und Beihilfe danach zu unterscheiden, ob die in Frage stehenden Delikte rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind.

Eine Übertragung dieser Merkmale auf die Anstifterproblematik ist jedoch nicht so zweifelsfrei, wie es zunächst den Anschein hat. Gegen eine Übernahme lassen sich von zwei Seiten her Bedenken geltend machen. Einmal haben beide Institute trotz der aufgezeigten Gemeinsamkeiten ganz unter-

1) BGHSt 1/127; 3/2; 4/128; 12/386; Baumann AT S.46; Jagusch LK § 2b Anm.1ff.(S.65ff.); Mezger-Blei I S.30ff.; Schönke-Schröder § 2b Rdnr.3.
Abweichend: Heinitz JZ 1952 S.100; Maurach AT S.89ff., 93ff.; Hellmuth Mayer, Lehrbuch, S.417; Eberhard Schmidt, StPO II, § 244 Anm.17.

2) Für alle Entscheidungen: BGHSt (Gr.Senat) 9/390(394).

3) Baumann AT S.146 und 149; im Ergebnis auch Kohlrausch-Lange § 2b Anm.3. Jagusch LK § 2b Anm.3b (S.67); Schönke-Schröder § 2b Rdnr.9. Für unbegrenzte Zulässigkeit sprechen sich aus: Nüse GA 1953 S.33; Zeiler ZStW Bd.64 S.156.

schiedliche Zielsetzungen, zum anderen ist die Bezeichnung "rechtsethisch und psychologisch vergleichbar" in ihrem Bedeutungsgehalt zu sehr mit der Wahlfeststellung verknüpft, als daß ihre Übertragung auf andere Fragenkreise unproblematisch erschiene.

Die Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit dient bei wahlweiser Feststellung dem Ziel, eine ungerechtfertigte Bemakelung des Täters zu verhindern¹⁾, deren Gefahr immer dann besteht, wenn Delikte mit völlig anders gearteter Unrechtsrichtung in Frage stehen. Man denke etwa an die Nichtaufklärbarkeit, ob versuchte Abtreibung oder Betrug, unterlassene Verbrechensanzeige oder Teilnahme am Mord, Blutschande oder Verleumdung vorliegt. Eine Verurteilung aus der einen oder der anderen Vorschrift würde den Täter, der möglicherweise eine Verleumdung begangen hat, zu Unrecht mit dem Verdacht belasten, blutschänderische Handlungen begangen zu haben. Das für die Einschränkung einer Wahlfeststellung ausschlaggebende Bestreben, ungerechtfertigte Bemakelungen auszuschließen, ist demgegenüber im Bereich der Anstifterproblematik unmaßgeblich. Hier geht es nicht darum, den einflußnehmenden Dritten vor einem unbegründeten Makel zu bewahren. Es liegt daher nahe, daß sich die im Rahmen der Wahlfeststellung gewonnenen Ergebnisse nicht ohne weiteres auf die anstehende Problematik übertragen lassen. Bestätigt wird diese Vermutung, wenn man das Verhältnis zwischen unterlassener Verbrechensanzeige und der Teilnahme am geplanten Verbrechen einmal unter dem Gesichtspunkt der Wahlfeststellung, zum andern unter dem Blickwinkel der Anstifterproblematik untersucht:

Der Angeklagte hat, obwohl er von einem Mordvorhaben sichere Kenntnis gehabt hat, keine Anzeige erstattet. Außerdem ist er der Beihilfe zum Mord verdächtig, ohne daß die insoweit

1) Vgl. unten S. 183.

getroffenen Feststellungen zu einer Verurteilung ausreichen. Einer Verurteilung nach § 138 StGB steht die mögliche Teilnahme am Mord entgegen. Nach allgemeiner Meinung trifft weder den Täter noch den Teilnehmer des geplanten Verbrechens eine Anzeigepflicht¹⁾. Solange die Möglichkeit einer Beteiligung am Mord besteht, ist es dem Strafrichter nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" verwehrt, aus § 138 StGB zu bestrafen. Eine Verurteilung des Angeklagten könnte allein dann erfolgen, wenn Wahlfeststellung zwischen den §§ 49/211 StGB und § 138 StGB zulässig ist. Dies wiederum setzt eine rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit in dem Sinne voraus, daß der Verurteilte auf Grund der Unterschiede im kriminellen Gehalt beider Vorschriften nicht mit einem unbegründeten M a k e l behaftet wird. Der Verurteilte darf durch die Wahlfeststellung nicht nur im Hinblick auf die Strafzumessung, sondern auch im Hinblick auf die diffamierende Wirkung des Urteils nicht ungünstiger gestellt werden, als es bei eindeutiger Tatbestandsfeststellung der Fall sein würde.²⁾

Dementsprechend läßt die herrschende Meinung Wahlfeststellung zwischen Beihilfe am Mord und unterlassener Verbrechensanzeige nicht zu³⁾, weil beide Tatbestände hinsichtlich der

-
- 1) RGSt 73/52(58); BGH NJW 1964, S. 731(732); Maurach BT S. 682; Mezger-Blei II S. 285; Schönke-Schröder § 138 Rdnr. 14.
 - 2) RGSt 68/257(261); BGHSt 9/390(393f.); Jagusch LK § 2b Anm. 3b (S. 67); Schaffstein NJW 1952 S. 724; 1959 S. 726(728); Schönke-Schröder § 2b Rdnr. 9.
 - 3) BGH NJW 1964, S. 731(732); Schönke-Schröder § 2b Rdnr. 12; § 138 Rdnr. 18. Werner LK § 138 Anm. VI 2 (S. 775). Demgegenüber hat das RG (RGSt 73/52) unter der Geltung des seit dem 30.1.1946 außer Kraft gesetzten § 2b StGB Wahlfeststellung zugelassen.

Schwere des sittlichen Vorwurfs nicht gleich zu werten sind. Der Vorwurf der Beihilfe zum Mord wiegt für die sittliche Bewertung anders und schwerer als der der unterlassenen Anzeige¹⁾. Die öffentliche Bescheinigung des Beihilfeverdachts würde daher den Angeklagten zusätzlich gegenüber der Verurteilung nach § 138 StGB beschweren.²⁾ Eine innere Verwandtschaft im Sinne von rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit zwischen Beihilfe zum Mord und unterlassener Verbrechensanzeige besteht daher nach ganz herrschender Meinung nicht.

Wollte man daraus den Schluß ziehen, auch für die Anstifterstrafbarkeit sei eine Abweichung von der Beihilfe zum Mord zur unterlassenen Verbrechensanzeige stets wesentlicher Natur, so käme man im folgenden Beispiel zu einem untragbaren Ergebnis: B ist entschlossen, sich als Gehilfe an einem Mord nach den §§ 49/211 StGB zu beteiligen, ohne bisher mit dem Täter Fühlung aufgenommen oder sonst mit der Verwirklichung

1) Dies gilt unabhängig davon, ob sich das Unterlassungsdelikt des § 138 StGB gegen das öffentliche Interesse an der Verbrechensverhütung richtet, im Gegensatz zur jeweiligen Rechtsgutverletzung der Haupttat und der Teilnahme (überkommene Auffassung: Maurach BT S.630; v.Hippel II S.324) oder ob mit § 138 StGB die Rechtsgüter, die durch die genannten Verbrechen bedroht sind, geschützt werden sollen. (Vgl. Schönke-Schröder § 138 Rdnr.1; ähnlich Werner LK § 138 Anm.II (S.774). Vgl. hierzu auch Schaffstein NJW 1952 S.728).

2) Schaffstein NJW 1952 S.728.

seiner Absicht begonnen zu haben.¹⁾ Sein Freund F redet ihm diesen Plan aus, rät ihm aber gleichzeitig, das Vorhaben der anderen weder zu hindern noch es zu verraten. F müßte - legte man die für die Wahlfeststellung geltenden Regeln zugrunde - als Anstifter gem. §§ 48/138 StGB zur Verantwortung gezogen werden. Er hätte allein deshalb einen neuen Entschluß in B hervorgerufen, weil ursprünglich in Aussicht genommenes und später begangenes Delikt rechtsethisch und psychologisch nicht vergleichbar sind.

Ein solches Ergebnis ist jedoch höchst anfechtbar. Zunächst spielt die Ausschaltung eines ungerechtfertigten Makels, der zur Ablehnung von rechtsethischer und psychologischer Vergleichbarkeit im Rahmen der Wahlfeststellung führt, hier keine Rolle. Zudem ist davon auszugehen, daß der Entschluß, ernsthaft an einem geplanten Mord teilzunehmen, den Vorsatz bereits einschließt, den Plan nicht zu vereiteln, ihn also auch nicht der Behörde oder dem Bedrohten zur Kenntnis zu bringen. Der zur Beteiligung Entschlossene ist daher schon vor Beeinflussung durch den Dritten ein "omni modo facturus". Wenn den Tatbeteiligten nach § 138 StGB keine Anzeigepflicht trifft, so ist dies nur darauf zurückzuführen, daß eine Heranziehung dieses Personenkreises auf Grund der notstands-

1) Die h.M. geht davon aus, daß nach § 138 StGB nur der bestraft werden kann, für den das Verbrechen ein völlig fremdes ist. Sie nimmt dementsprechend Ausschluß des § 138 StGB auch dann an, wenn sich ein an der Verbrechensplanung Beteiligter noch nicht strafbar gemacht hat (etwa versuchte Beihilfe). Vgl. Schönke-Schröder, § 138 Rdnr.14; RG JW 1933 S.2395, A.A. Drost JW 1932 S.57; Mezger-Blei II S.285. - Soweit aber der Entschluß, sich wie hier als Gehilfe zu beteiligen, nicht einmal in Vorbereitungshandlungen seinen Ausdruck gefunden hat, dürfte nach allen Meinungen eine fremde Tat gegeben und damit § 138 StGB anwendbar sein. Die Äußerung des RG, daß eine Anzeigepflicht auch für den entfalle, der eine Teilnahme an dem Verbrechen nur vorgehabt habe, steht nicht entgegen, da sie offensichtlich auf den Fall gemeinsamer strafloser Vorbereitung abgestimmt ist (vgl. RG JW 1933 S.2395).

ähnlichen Situation¹⁾ oder aus der Erwägung heraus, dem Täter den Rücktritt nicht zu erschweren²⁾, oder aus dem kriminalpolitischen Bedürfnis, eine Anzeigepflicht nur für fremde Taten festzusetzen³⁾, wenig sinnvoll erscheint. Daneben wird eine gesonderte Erfassung des Verbrechensteilnehmers aus konkurrenztechnischen Gründen abgelehnt, da § 138 StGB gegenüber dem geplanten Verbrechen subsidiär⁴⁾ oder im Verhältnis zu dem drohenden Verbrechen mitbestrafte Vortat sei⁵⁾.

Insgesamt wird erkennbar, daß der Verbrechensteilnehmer zwar nicht - aus welchen Gründen auch immer - aus § 138 StGB bestraft werden soll, daß der Verbrechensbeteiligte aber nichts desto weniger den Willen hat, die mitgeplante Tat nicht anzuzeigen oder sonstwie zu verhindern. Sein Entschluß, das geplante Verbrechen zu unterstützen, schließt also bereits den Entschluß ein, dieses Verbrechen nicht anzuzeigen. Dem allein billigen Ergebnis, daß eine Bestrafung des Freundes F nach den §§ 48/138 StGB ausscheiden muß, weil der zur Teilnahme am Mord entschlossene B bereits ein "omni modo facturus" hinsichtlich § 138 StGB ist, steht somit nichts mehr im Wege.

Vergleicht man die Lösungen der beiden Parallelfälle, so fällt auf: Je nachdem, ob man die Frage nach der Verwandtschaft von Tatbeständen unter dem Gesichtspunkt wahlweiser Feststellung oder möglicher Anstifterstrafbarkeit stellt, muß man zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Damit

1) Maurach BT S.682; dagegen Schröder JR 1964 S.227.

2) Schönke-Schröder § 138 Rdnr.14.

3) RGSt 60/254(256); 73/52(59f.).

4) Schaffstein NJW 1952, S.728; Drost JW 1932 S.57.

5) Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S.214 Fn.390.

dürfte erwiesen sein, daß die Ansicht, der Umfang, in dem ein Wechsel zwischen verschiedenen Straftatbeständen rechtlich unerheblich sei, entspreche dem der Wahlfeststellung, wegen der unterschiedlichen Zielsetzungen beider Institute nur bedingt zutreffen kann.

Gegen die Übernahme der Abgrenzungsmerkmale "rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit" spricht außerdem, daß diese Bezeichnungen zu unpräzise und dehnbar sind¹⁾. Welchen Tatbestandsähnlichkeiten soll gerade durch einen rechtsethischen, welchen durch einen psychologischen Vergleich eine Grenze gesetzt werden?

Unter psychologischer Verwandtschaft kann z.B. nicht ein Vergleich im empirisch-kriminologischen Sinn gemeint sein, sonst dürfte es z.B. Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei, dem Paradefall für die Zulässigkeit der Wahlfeststellung, nicht geben²⁾. Wenn der psychologische Maßstab aber nur deshalb genannt wird, um den im rechtsethischen Merkmal bereits enthaltenen Hinweis auf subjektive Unrechts- und Schuld-elemente hervorzuheben³⁾, so ist er im Grunde überflüssig.

Ebenso bleibt unklar, was im Rahmen der Wahlfeststellung unter rechtsethischer Vergleichbarkeit zu verstehen ist. Soweit man mit der Formel auf die gleiche sittliche Bewertung abstellt⁴⁾, kann die Grenzziehung keine allgemeine Anerkennung

1) Vgl. die Kritik bei Mezger-Blei I S.34.

2) Schaffstein NJW 1952 S.726; vgl. auch Hardwig, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.484 Fn.28.

3) Schaffstein NJW 1952 S.726.

4) BGHSt 1/275(276); 4/128(129); 5/280(281); Jagusch LK § 2b Anm.3b (S.67); Schönke-Schröder, § 2b Rdnr.8,9.

beanspruchen. Denn für die sittliche Bewertung von Verhaltensweisen gibt es kaum klare Anhaltspunkte.¹⁾ Erst wenn man die Überlegung, den Täter nicht zu Unrecht mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht zu bemakeln, mit heranzieht, wird verständlich, warum z.B. unterlassene Verbrechensanzeige und Mord²⁾, Diebstahl und Sachbeschädigung³⁾, sowie Kirchendiebstahl und Einbruchsdiebstahl⁴⁾ nicht miteinander vergleichbar sind.

Die Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit ist samt der Lösungen, die sich für Einzelfälle damit verbinden, aufs engste mit dem Problem der Wahlfeststellung verknüpft. Für diesen Fragenkreis hat sie eine nicht unanfechtbare⁵⁾, aber in der Tradition wurzelnde Bedeutung, die sich aus der Kenntnis der Einzelentscheidungen in Verbindung mit dem Ziel, eine ungerechtfertigte Bemakelung des Täters auszuschließen, mit konkretem Inhalt füllt.

-
- 1) Vgl. dazu Siever, Das Verhältnis der wahldeutigen Feststellung zu dem Grundsatz "in dubio pro reo", S.20.
 - 2) Vgl. S.183 Fn.3.
 - 3) Schaffstein NJW 1952 S.726f.; Kohlrausch-Lange § 2b Anm.I 2.
 - 4) Baumann AT S.146 mit Verweis auf Schönke-Schröder als Vertreter anderer Ansicht; Schönke-Schröder (§.2b Rdnr. 11) bringt jedoch nur zum Ausdruck, daß eine wahlweise Feststellung bei verschiedenen Ausführungen desselben Delikts in Betracht kommt, wie z.B. bei den verschiedenen Fällen des § 243, etwa zwischen Diebstahl mittels Einsteigens oder Einschleichens. Als Beleg für die Auffassung, Wahlfeststellung sei auch zwischen Einbruchsdiebstahl und Kirchendiebstahl möglich, läßt sich die angegebene Stelle nicht verwenden.
 - 5) Gegen die Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit: Hardwig, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.484 Fn.28; ähnlich Sax JZ 1965 S.745 (746); vgl. auch Schwarz-Dreher, § 2b Anm.3B.

Zur Übertragung auf das ähnlich geartete, aber in der Zielsetzung unterschiedliche Problem der Anstifterstrafbarkeit ist sie aber schon deshalb nicht geeignet, weil sie keinen juristisch-technischen Begriff bietet, der eine klare Subsumtion zuläßt, sondern eher in vager Beschreibung die Richtung anzeigt, in der nahe verwandte Tatbestände unter einem Blickwinkel zu suchen sind.

Wenn somit die für die Wahlfeststellung geltende Formel von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit nicht übernommen werden kann, so folgt daraus noch nicht, daß die Verleitung eines Tatentschlossenen, anstelle des geplanten Rechtsbruches ein anderes Delikt ähnlicher Art zu begehen, immer als Anstiftung zu beurteilen sei. Die Frage ist vielmehr, ob sich nach anderen Abgrenzungskriterien zwischen unwesentlichen und wesentlichen Abweichungen unterscheiden läßt.

3. Der Unrechtsgehalt als Abgrenzungsmerkmal

Grundlage einer Abgrenzung dürfte zunächst die Erkenntnis sein, daß nur Abweichungen innerhalb verwandter oder vergleichbarer Deliktsvorschriften mit einer unwesentlichen Veränderung der geplanten Tat verknüpft sein können:

Wann Strafvorschriften verwandt sind, läßt sich - wie zuvor bereits dargelegt worden ist - nicht durch Übernahme bestimmter Abgrenzungskriterien aus anderen Bereichen beantworten. Vielmehr ist es unumgänglich, auf den Kern strafrechtlicher Verhaltensweisen selbst einzugehen. Nur wenn dieser in den zu vergleichenden Tatbeständen übereinstimmt, kann von nahe verwandten Vorschriften gesprochen werden. Besonderes Charakteristikum strafrechtlicher Tatbestände ist aber nicht ihr rechtsethischer und psychologischer Inhalt, sondern das jeweilige **U n r e c h t s g e p r ä g e**, wie es sich wesentlich von der Art des geschützten Rechtsgutes her bestimmt.¹⁾ Vergleichbar oder nahe verwandt sind Straftatbestände also nur, soweit sie dasselbe oder annähernd dasselbe Unrechtsgepräge aufweisen und daher genetisch wie sachlich eng aufeinander bezogen sind.

Nach allgemeiner Ansicht ist das Strafrecht in erster Linie berufen, die von der Rechtsordnung anerkannten Interessensphären zu garantieren und schützenswerte Rechtsgüter vor einer Störung und Beeinträchtigung zu bewahren. Das Rechtsgut dient als materieller Kern jeder Verhaltensnorm und jedes darauf aufbauenden Tatbestandes dazu, die Schutzfunktion der einzelnen Strafvorschrift schärfer zu umgrenzen, und erweist sich damit als ein außerordentlich wertvolles

1) Den gleichen Maßstab zur Bestimmung zulässiger Wahlfeststellung befürworten: Hardwig, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.484 Fn.28; Sax JZ 1965 S.748.

und gar nicht zu entbehrendes Mittel, den Unrechtsgehalt einer Vorschrift exakt zu erfassen.¹⁾ In der Regel entspricht einer bestimmten Rechtsgutverletzung ein ebenso fest umrissenes Unrechtsgepräge; soweit die Rechtsgüter als Schutzobjekte der zu vergleichenden Vorschriften nicht mehr identisch oder ähnlich sind, decken sich grundsätzlich auch die Schutzsphären der Vorschriften nicht mehr.

Will man also darüber entscheiden, ob das Überwechseln zu einem anderen Straftatbestand die geplante Tat wesentlich oder unwesentlich verändert, so muß man von der Schutzsphäre der einzelnen Tatbestände ausgehen. Welche Tatbestände im einzelnen auf Grund der ihnen zufallenden Schutzsphäre eng zusammengehören, so daß der Übergang von einem Tatbestand zum anderen nur eine unwesentliche Veränderung des Tatplanes darstellt, kann hier freilich nicht umfassend erörtert werden. In den folgenden Ausführungen sei vielmehr nur an Hand einzelner Beispiele gezeigt, welche Straftatbestände im Sinne der Anstiftungsproblematik noch als nahe verwandt bezeichnet werden können.

1) Baumann AT S.122; Maurach AT S.182; Mezger-Blei I S.116.

4. Einzelfälle

Am unproblematischsten erscheint in diesem Zusammenhang das Verhältnis der §§ 249, 252, 255 StGB zueinander. Allen Vorschriften liegt der Schutz derselben Rechtsgüter zugrunde, nämlich der Schutz des Vermögens und der persönlichen Freiheit.¹⁾ Darüberhinaus ist das strafbare Unrecht in den genannten Deliktsvorschriften in ähnlicher Weise vertyp. Der Raub unterscheidet sich vom räuberischen Diebstahl nur durch den Zeitpunkt der Gewaltanwendung oder der Drohung, von der räuberischen Erpressung allein durch die Art, in der der Besitz auf den Täter überwechselt (Wegnahme - erzwungene Herausgabe²⁾ bzw. Wegnahme - erzwungene Vermögensverfügung³⁾). Zudem läßt sich daraus, daß der räuberische Dieb und der räuberische Erpresser gleich einem Räuber zu bestrafen sind, ein weiterer Hinweis entnehmen, daß der Gesetzgeber von der wertmäßigen Gleichstellung der genannten Vorschriften ausgegangen ist. Dementsprechend dürfte die Beurteilung des folgenden Falles keine Schwierigkeiten bereiten:

Der entlassene B hat den Plan gefaßt, sich wertvolle Werkzeuge von seiner alten Arbeitsstelle zu verschaffen. Zu diesem Zweck will er den Lagerverwalter niederstrecken und sich anschließend nach passenden Gegenständen im Lager umsehen (§ 249 StGB).

A macht B klar, daß sein Vorhaben mit einem zu großen Risiko verbunden sei, weil der niedergestreckte V bereits von Dritten entdeckt werden könne, während B sich noch im Lager aufhalte. B solle vielmehr kurz vor Arbeitsschluß das Lager betreten, die begehrten Werkzeuge in eine der dort herumliegenden Taschen stecken und V erst niederstrecken, wenn dieser ihn bei Verlassen des Lagers kontrollieren wolle.

-
- 1) H.M. Vgl. Schönke-Schröder § 249 Rdnr.1; § 252 Rdnr.1 und § 255 Rdnr.1, jeweils mit weiteren Nachweisen.
 - 2) So die Rechtsprechung: BGHSt 7/252 14/82; OLG Hamburg HEST 2/318.
 - 3) So die überwiegende Meinung der Lehre: Vgl. Jagusch LK § 253 Anm.3a (S.401); Schönke-Schröder § 253 Rdnr.8 m.w.N.

B handelt entsprechend den Vorschlägen des A und entflieht mit der Beute ins Freie, nachdem er den sich ihm in den Weg stellenden Verwalter niedergeschlagen hat (§ 252 StGB).

A hat bewirkt, daß die geplante Gewaltanwendung später als vorgesehen zur Ausführung gelangt. Das tatsächliche Geschehen hat durch seinen Vorschlag keine wesentliche Änderung erfahren. Ebensowenig hat sein Vorschlag dazu geführt, daß das Verhalten des Täters nunmehr unter einem wesentlich anderen Gesichtspunkt zu würdigen ist. § 249 StGB, unter den das zunächst vorgesehene Verhalten des Täters fällt, und § 252 StGB, der für die Aburteilung der später ausgeführten Tat heranzuziehen ist, können - aus den zuvor dargelegten Gründen - als nahe verwandt bezeichnet werden. Der Dritte hat daher in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht eine nur unerhebliche Abweichung von der ins Auge gefaßten Tat hervorgerufen, die ihn nur als Gehilfe, nicht als Anstifter der begangenen Tat ausweist.

Ferner dürften keine Bedenken bestehen, das Unrechtsgepräge eines Diebstahls und einer Hehlerei im Bereich der Anstifterproblematik gleichzuachten. Sofern die zu beurteilenden Handlungen hinsichtlich des tatsächlichen Geschehens gleichstehen, führt eine Auswechslung zwischen § 242 StGB und § 259 StGB zu keiner neuen selbständigen Tat. Daß der Dritte, auf den der Wechsel zurückgeht, gegenüber dem Geplanten nichts Eigenständiges hervorgerufen hat und er dementsprechend nicht Anstifter sein kann, läßt sich etwa folgendem Beispiel entnehmen:

B und C haben vor, sich den wertvollen Schmuck der Frau X, den diese unverschlossen aufbewahrt, zu verschaffen. Vorgesehen ist, daß C, der sich im Hause der X auskennt, den Schmuck zunächst wegnehmen soll, während B draußen die "heiße Ware" in Empfang nehmen soll. Die Beute wollen beide später teilen (§§ 242, 47 StGB).

A überredet nunmehr B, von diesem Plan abzulassen. C sei ein unzuverlässiger Partner, der bei der Tatausführung so ungeschickt vorgehe, daß er unweigerlich Dritte auf sich aufmerksam mache. Damit B trotzdem den begehrten Schmuck erhalte, schlage er Folgendes vor: B solle sich C gegenüber von seinem Tatbeitrag lossagen, sich aber - falls das Vorhaben auch ohne sein Zutun zustande komme - gleichwohl zum festgesetzten Zeitpunkt am Tatort einfinden und versuchen, dem C die Beute weit unter Wert abzukaufen.

B geht auf den Vorschlag von A ein und kauft dem C später tatsächlich den gesamten erbeuteten Schmuck unmittelbar im Anschluß an die Tat ab (§ 259 StGB).

B wollte ursprünglich die "heiße Ware" entgegennehmen, tatsächlich hat er den erbeuteten Schmuck auch unmittelbar im Anschluß an die Tat in Empfang genommen. Daß es ihm zunächst darauf ankam, die geplante Tat eigenverantwortlich mitzugestalten, während er sich später von dem Vorhaben losgesagt und sich auf den Ankauf der Beute beschränkt hat, vermag nach natürlicher Betrachtungsweise keinen wesentlichen Unterschied zu begründen. Fielen beide Handlungen unter denselben Tatbestand, wäre also die Identität von geplanter und ausgeführter Tat gewahrt. Eine andere Beurteilung greift nicht etwa deshalb Platz, weil das ursprünglich Gewollte einen Diebstahl abgegeben hätte, während das tatsächlich ausgeführte Geschehen als Hehlerei zu werten ist. Diebstahl und Hehlerei können nämlich im Rahmen der Anstifterproblematik einander gleichgestellt werden, weil sie hinsichtlich des Unrechtsgepräges im wesentlichen übereinstimmen. Das Wesen der Hehlerei wird überwiegend in der Aufrechterhaltung der vom Vortäter geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage gesehen und § 259 StGB daher den Vermögensdelikten zugerechnet. Demgegenüber dient § 242 StGB zwar dem Schutz des Eigentums, da das Eigentum jedoch nur Bestandteil des Vermögens als Ganzem ist, läßt sich auch der Diebstahl als Vermögensdelikt im weiteren Sinn begreifen. Schließlich wird der Gedanke, daß die Zueignung einer Sache mittels Gewahrsamsbruch (§ 242 StGB) und die Verbringung der Deliktsbeute in fremde Hand (§ 259 StGB)

wertmäßig gleichstehen, auch durch das bekannte Sprichwort belegt: "Der Hehler ist so gut wie der Stehler".¹⁾ Der Hehlerei kann daher ein ähnliches Unrechtsgepräge wie dem Diebstahl zuerkannt werden mit der Folge, daß im Bereich der Anstifterproblematik beide Vorschriften vergleichbar sind. Veranlaßt also der Dritte, daß der zur mittäterschaftlichen Begehung entschlossene Dieb durch eine an sich unerhebliche Änderung seines Vorhabens nunmehr eine Hehlerei begeht, so hat er nur unwesentlich zur ausgeführten Tat beigetragen. Anstiftung hat demgemäß auszuscheiden.

Anlaß zu der Erörterung, inwieweit die Auswechslung des Tatbestandes ohne Einfluß auf die Tatidentität ist, bietet weiterhin das eingangs gebrachte Beispiel, in dem der Dritte bewirkt, daß das deliktische Geschehen unter dem Gesichtspunkt des § 263 StGB anstelle des § 242 StGB zu würdigen ist. Ob der Dritte als Anstifter oder Gehilfe zu belangen ist, hängt demzufolge davon ab, wie man die Abweichung zwischen Diebstahl und Betrug bewertet. Ist sie wesentlicher Natur, kommt Anstiftung in Betracht, andernfalls ist nur an Beihilfe zu denken.

Geschütztes Rechtsgut des Betruges ist das Vermögen als Ganzes, während § 242 StGB dem Schutze des Eigentums dient. Erblickt man im Eigentum einen Vermögensbestandteil, sieht man also im Vermögensschutz den umfassenderen Schutz, so drängt sich eine Gleichstellung beider Vorschriften im Sinne der Anstifterproblematik geradezu auf. Einwände gegen eine Gleichstellung lassen sich allenfalls deshalb erheben, weil der Betrug ein Bereicherungsdelikt darstellt, das sich zudem noch gegen die Freiheit der Willensentschließung richtet, während der Diebstahl als Zueignungsdelikt zu begreifen ist. Bedenken dieser Art greifen jedoch nicht durch. Schließlich schei-

1) v. Buri GS Bd. 29 S. 16; Mezger ZStW Bd. 59 S. 550; vgl. auch Schwarz-Dreher § 2b Anm. 3Ba mit weiteren Nachweisen aus der Rspr.

tert eine Gleichstellung von Einbruchsdiebstahl und Diebstahl mit Waffen auch nicht daran, daß § 243 I Nr.2 StGB neben dem Eigentum auch noch dem Schutz des Hausfriedens dient.¹⁾ Ebensowenig ist dem Umstand Bedeutung beizumessen, daß sich in § 242 StGB und § 263 StGB Zueignungs- und Bereicherungsdelikte gegenüberstehen. Auch hierbei handelt es sich um Modalitäten der Deliktsverwirklichung, die einander gleichstehen, denn ob der Täter sich die Sache zueignet oder ob er sich beim Besitzbetrug um die Sache bereichern will, vermag keinen wesentlichen Unterschied zu begründen. Diebstahl und Betrug sind daher Delikte, deren Unrechtsgepräge im Sinne der Anstifterproblematik vergleichbar ist. Ihre Auswechslung kann daher unwesentlicher Art sein und den Dritten dementsprechend nur als Gehilfen ausweisen, sofern geplante und begangene Tat im übrigen gleichstehen. Der Rahmen, in dem der Übergang vom Betrug zum Diebstahl, und umgekehrt, bedeutungslos ist, wird allerdings eng gezogen sein. Der Anwendungsbereich dürfte praktisch auf den Trickdiebstahl und den Besitzbetrug beschränkt bleiben. Im allgemeinen werden Diebstahls- und Betrugshandlungen schon dem tatsächlichen Geschehen nach in ihrer Unrechtsrichtung so wesentlich voneinander abweichen, daß sich die Frage, welche Bedeutung der unterschiedlichen rechtlichen Bewertung zufällt, erübrigt.

Schließlich sei die Aufmerksamkeit noch dem Wechsel zwischen verschiedenen Alternativen ein und desselben Tatbestandes zugewandt. An sich sind Fragen, die bei Abweichung vom Tatentschluß innerhalb desselben Tatbestandes auftauchen, bereits im zweiten Teil erörtert worden. Allerdings ging es dort ausschließlich darum, wie Veränderungen des tatsächlichen

1) Vgl. Deubner NJW 1962 S.94, der dieses Beispiel heranzieht, um seine Auffassung, zwischen Unterschlagung und Betrug sei wahlweise Feststellung zulässig, zu untermauern. Im Ergebnis zustimmend Baumann AT S.147. Vgl. auch die Ausführungen unten S.198f.

Geschehens zu beurteilen sind. Die Problematik, ob dem Übergang von einer Alternative zu einer anderen auf Grund der gesetzlichen Fixierung stets wesentliche Bedeutung zukommt, ist dort jedoch ausgespart worden. Sie steht in engem Zusammenhang mit der hier erörterten Problematik und sei daher erst hier behandelt. In beiden Bereichen taucht nämlich die Frage auf, inwieweit der Wechsel zwischen den vom Gesetzgeber abstrakt unter Strafe gestellten Verhaltensweisen wesentlich ist. Ob die mißbilligten Verhaltensweisen nun in jeweils eigenständigen Tatbeständen aufgeführt werden oder ob sie in einem einzigen Tatbestand zusammengefaßt sind, kann wie Sax¹⁾ mit Recht betont, "mehr oder weniger ein gesetzgeberisches Zufallsergebnis sein, sei es, daß eine unnötig kasuistische Tatbestandsfassung bisher noch nicht "überhört" worden ist, oder sei es umgekehrt, daß eine generell mögliche Tatbestandsfassung zur deutlicheren Hervorhebung des tatbestandlichen Leitbildes in spezielle Tatbestandsweisen aufgliedert wird."

Grundsätzlich wird man allerdings keine Bedenken hegen, der Abweichung von einer Alternative zur anderen eine nur unwesentliche Bedeutung beizumessen. Das folgt schon allein daraus; daß der Zusammenfassung mehrerer Ausführungsarten ein und derselben Rechtsgutverletzung in einem Tatbestand der Hinweis entnommen werden kann, daß die verschiedenen Verhaltensweisen den gleichen Unwertgehalt aufweisen. Der Dritte, der den zur Begehung einer Mehlerei in Form des Ansichbringens entschlossenen Täter zum Verheimlichen bestimmt hat, kann dementsprechend nicht allein deshalb Anstifter zu § 259 StGB sein, weil Ansichbringen und Verheimlichen verschiedene Alternativen des gesetzlichen Tatbestandes sind.

1) JZ 1965 S.748.

Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Gleichstellung tauchen indes auf, wenn man die verschiedenen Modalitäten des § 243 StGB, etwa Kirchendiebstahl und Einbruchsdiebstahl gegenüberstellt. Vor die Entscheidung, ob § 48 StGB vor § 49 StGB eingreift, wird man etwa bei der Beurteilung folgenden Falles gestellt:

B hat vor, durch die offenstehende Nebentür ein an sich verschlossenes Gotteshaus zu betreten, um Altarkerzen zu stehlen (§ 243 I Nr.1¹⁾). Auf den Rat seines Freundes A nimmt er jedoch stattdessen nach Aufbrechen einer Truhe die dort aufbewahrten Gesangbücher der Kirchenbesucher mit (§ 243 I Nr.2 StGB).²⁾

Soweit es um eine wahlweise Feststellung geht, wird eine Vergleichbarkeit beider Alternativen - falls überhaupt zu dieser Frage Stellung genommen wird - abgelehnt.³⁾ Es fragt sich also, ob Entsprechendes für die Anstifterproblematik zu gelten hat. Zunächst fällt auf, daß sich die verschiedenen Nummern des § 243 StGB nach der Art der jeweils aufzuwendenden verbrecherischen Energie durchaus gegeneinander absetzen lassen. Der Kirchendiebstahl wird z.B. mit Rücksicht auf den Aufbewahrungsort und auf die Beschaffenheit des Diebstahlsobjekts mit einer höheren Strafe als der einfache Diebstahl bedroht⁴⁾; beim sog. Einbruchsdiebstahl erfolgt die höhere Strafe auf Grund der stärkeren Befriedung des Ortes sowie die in ihrer Nichtachtung und der Beseitigung größerer Hindernisse gezeigte stärkere Energie des verbrecherischen Willens⁵⁾. Diese Unterschiede lassen aber keinesfalls den Schluß zu,

1) Altarkerzen dienen nach katholischer Anschauung unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken. Vgl. RGSt 53/144.

2) Gesangbücher der Kirchenbesucher dienen nicht unmittelbar gottesdienstlichen Zwecken. Vgl. Jagusch LK § 243 Anm.1B; Schönke-Schröder § 243 Rdnr. 6; beide mit Verweisung auf Bay ObLG St 7/284.

3) Baumann AT S.146. Vgl. im übrigen oben S.188 Fn.4.

4) Maurach BT S.204; Schönke-Schröder § 243 Rdnr.4.

5) RGSt 53/262(263); BGH St 1/158(165); Schönke-Schröder § 243 Rdnr.7.

die verschiedenen Alternativen des § 243 StGB wiesen ein wesentlich voneinander abweichendes Unrechtsgepräge auf. Entscheidender Anhaltspunkt zur Charakterisierung des jeweiligen Unrechtsgepräges ist nämlich das geschützte Rechtsgut. Nach ganz herrschender Meinung sind jedoch ausschließlich Eigentum und allenfalls noch der Gewahrsam bestimmende Rechtsgüter des § 243 StGB¹⁾, also auch des Kirchendiebstahls und des Einbruchsdiebstahls. Sämtliche Nummern des § 243 StGB stellen daher gleichwertige und im Sinne der hier zu erörternden Problematik austauschbare Modalitäten dar. Der Übergang von einer Alternative zur anderen ist demnach von rechtlich unerheblicher Art. Auf das zuvor gebrachte Beispiel angewandt, bedeutet dies: Der Dritte kann nicht allein deshalb als Anstifter bestraft werden, weil er den zum Kirchendiebstahl nach § 243 Nr.1 StGB entschlossenen Täter zum Einbruchsdiebstahl nach § 243 I Nr.2 StGB bestimmt hat. Gestützt wird dieses Ergebnis durch die Art, wie Konkurrenzfragen zwischen den verschiedenen Alternativen des § 243 StGB zu behandeln sind. Treffen mehrere Erschwerungsgründe zusammen, so ist nämlich keine Idealkonkurrenz, sondern nur ein schwerer Diebstahl anzunehmen²⁾.

Der Wechsel innerhalb verschiedener Alternativen ein und desselben Tatbestandes stellt daher im Rahmen der Anstifterproblematik kein besonderes Problem dar. Da mehrere Verhaltensweisen, soweit sie in einem Tatbestand zusammengefaßt sind, stets auf dasselbe Rechtsgut bezogen sind, ist ihr Unrechtsgepräge im wesentlichen vergleichbar, so daß ihre Auswechslung ohne Einfluß auf die Identität von geplanter und ausgeführter Tat bleibt. Zu berücksichtigen ist aller-

-
- 1) RGSt 54/280(282); BGHSt 10/400(401); OLG Hamburg MDR 1947, S.35; Frank, § 242, Anm.I; Jagusch LK § 242 Anm.I (S.329); Maurach BT, S.185. A.A. Schönke-Schröder § 242 Rdnr.1, der als geschütztes Rechtsgut nur das Eigentum ansieht.
- 2) RGSt 43/332(334); BGH NJW 1953, S.592 Nr.16; Schwarz-Dreher, § 243 Anm.§ 19; vgl. Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz, S.160f. mit Hinweisen auf die ältere Literatur.

dings, daß ein Paragraph mehrere Tatbestände enthalten kann, denen unterschiedliche Rechtsgüter zugrundeliegen, wie es etwa für § 308 StGB allgemein angenommen wird.¹⁾ In Fällen dieser Art ist die zuvor aufgestellte Regel naturgemäß nicht anwendbar. Hier kommt es entscheidend darauf an, inwiefern das Unrechtsgepräge der verschiedenen Tatbestände einander gleichsteht. Für die in § 308 StGB enthaltenen Tatbestände dürfte dies zu verneinen sein. Soweit das Inbrandsetzen im Eigentum dritter Personen stehender Sachen ohne Rücksicht auf den Umfang der Gefahr unter Strafe gestellt ist, liegt ein Spezialfall der Sachbeschädigung vor.¹⁾ Der zweite Tatbestand setzt demgegenüber voraus, daß eigene Sachen des Täters in Brand gesetzt werden, von denen das Feuer auf die Schutzobjekte des § 306 StGB oder auf fremde Sachen des § 308 StGB übergreifen kann, Insofern liegt ein gemeingefährliches Delikt vor, das sich im Unrechtsgepräge wesentlich von einer Sachbeschädigung unterscheidet.

1) Vgl. Schönke-Schröder § 308 Rdnr.1 mit weiteren Nachweisen.

Lebenslauf

Am 15. Januar 1939 wurde ich als ältestes der zwei Kinder des Kaufmanns Wilhelm Stork und seiner Ehefrau Brunhilde geb. Seiger in Lippstadt geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Februar 1958 legte ich am Evangelischen Neusprachlichen Mädchengymnasium in Lippstadt die Reifeprüfung ab. Die folgenden viereinhalb Jahre studierte ich Rechtswissenschaften an den Universitäten Marburg (1 Semester), Innsbruck (1 Semester), Kiel (1 Semester) und Münster (6 Semester) und legte vor dem Justizprüfungsamt in Hamm am 20. April 1963 die erste juristische Staatsprüfung ab.

Es folgten 2 Semester Soziologie an der Universität Münster, anschließend trat ich den Referendardienst an. Zur Zeit bin ich Referendarin am Oberlandesgericht in Hamm.



